

Les Cahiers de droit

Ordre normatif interne et organisations

Daniel Mockle



Volume 33, numéro 4, 1992

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/043174ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/043174ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Mockle, D. (1992). Ordre normatif interne et organisations. *Les Cahiers de droit*, 33(4), 965–1056. <https://doi.org/10.7202/043174ar>

Résumé de l'article

Cette première étude sur le thème de la normativité est consacrée à une dimension qui n'a guère retenu l'attention dans une perspective globale : l'appréhension des normes internes par le droit positif, tant pour les organisations privées que publiques. En dépit de son importance pour comprendre la dynamique organisationnelle de la normativité, cette dimension a été négligée au profit d'une réflexion traditionnellement orientée vers le monopole de la fonction législative et réglementaire par l'ordre juridique étatique. Dans le cadre d'une analyse de droit administratif, cette contribution vise à comprendre l'origine et le statut de ces pratiques normatives dans le fonctionnement des ordres juridiques internes. Insatisfait des explications trop formalistes du droit positif (droit privé et droit public), l'auteur attribue une essence institutionnelle à la normativité pour montrer que la technique juridique procède d'une rationalité purement instrumentale afin de répondre aux besoins des organisations complexes.

Ordre normatif interne et organisations*

Daniel MOCKLE**

Cette première étude sur le thème de la normativité est consacrée à une dimension qui n'a guère retenu l'attention dans une perspective globale : l'appréhension des normes internes par le droit positif, tant pour les organisations privées que publiques. En dépit de son importance pour comprendre la dynamique organisationnelle de la normativité, cette dimension a été négligée au profit d'une réflexion traditionnellement orientée vers le monopole de la fonction législative et réglementaire par l'ordre juridique étatique. Dans le cadre d'une analyse de droit administratif, cette contribution vise à comprendre l'origine et le statut de ces pratiques normatives dans le fonctionnement des ordres juridiques internes. Insatisfait des explications trop formalistes du droit positif (droit privé et droit public), l'auteur attribue une essence institutionnelle à la normativité pour montrer que la technique juridique procède d'une rationalité purement instrumentale afin de répondre aux besoins des organisations complexes.

This initial study on the theme of normativity focuses upon a dimension that has hardly attracted little attention from an overall perspective : the apprehension of internal norms by substantive law, both in private and public organizations. This phenomenon which is essential to an understanding of the organizational dynamics of normativity has been largely ignored in work principally oriented towards the monopoly of legislative and regulatory actions by the established state legal structure. Within the ambit of an analysis of administrative law, this contribution seeks to

* Avec pour titre « Actes internes et ordre juridique interne », la présente étude a fait l'objet d'une communication en janvier 1992 dans le cadre des séminaires du GEPTUD (Groupe d'études sur les processus de transformation du droit) à la Faculté de droit de l'Université Laval.

** Professeur, Département des sciences juridiques, Université du Québec à Montréal.

underscore the essential role played by these alternative practices of normativity in the operation of internal normative orders. Dissatisfied with overly formalist explanations provided by substantive law (public law and private law), the author ascribes an institutional essence to normativity, in order to show that legal techniques obey a purely instrumental rationality for purposes of responding to the needs of complex organizations.

	<i>Pages</i>
1. L'appréhension de la normativité par le droit privé	973
1.1 L'utilisation du droit de propriété aux fins d'une conception patrimoniale de la normativité	975
1.1.1 Les prérogatives liées au droit d'exclusion et de contrôle	976
1.1.2 Les tentatives d'application du cadre privatiste en droit public	981
1.2 La dénaturation de la normativité dans le fonctionnement des entreprises	985
1.2.1 Le phénomène du règlement intérieur d'entreprise	986
1.2.2 La négation de la dimension privée de la réglementation	991
1.2.2.1 La prépondérance de la thèse contractuelle	992
1.2.2.2 La nature institutionnelle de la normativité	997
1.2.3 L'approche statutaire du droit administratif	1000
1.3 La réglementation interne au sein des corporations	1003
1.3.1 L'ambiguïté de la fonction réglementaire en droit corporatif	1004
1.3.2 Le régime juridique de la gestion interne	1011
2. La complexité des pratiques normatives internes en droit public	1015
2.1 La croissance du domaine infraréglementaire	1016
2.1.1 La multiplication des interventions ponctuelles	1017
2.1.2 Les solutions retenues par le juge	1024
2.1.2.1 L'existence de deux dimensions au sein de la fonction administrative classique	1024
2.1.2.2 L'élaboration de politiques institutionnelles par les tribunaux administratifs	1039
2.2 L'association trop exclusive entre fonction normative et fonction législative	1042
2.2.1 La signification restreinte de l'expression « règle de droit »	1043
2.2.2 L'ébauche d'une définition matérielle des règles d'essence législative	1047
Conclusion	1052

Actes internes, normes internes, règlements internes, mesures de régie interne, mesures d'ordre intérieur, règles internes ou, plus simplement, mesures internes, la diversité des appellations témoigne de l'ampleur et du nombre de manifestations d'un phénomène essentiel pour la

compréhension du fonctionnement de l'État et des institutions publiques ou privées : l'ordre juridique interne¹. Encore peu connu dans l'univers des catégories juridiques du droit québécois, l'ordre interne reflète une réalité organique et institutionnelle dont l'importance reste déterminante pour le fonctionnement et la vie des institutions administratives. L'originalité et la cohérence de cette notion ne tiennent au fond qu'à ce seul terme, « interne », ce qui permet d'entrevoir qu'on puisse ranger dans un univers clos, intériorisé, refermé sur lui-même, une pluralité de manifestations dont la juridicité n'est pas toujours admise compte tenu des préjugés dont elles sont l'objet : mesures relatives à l'organisation et au bon fonctionnement des services, encadrement du personnel, formulation de politiques institutionnelles et d'orientations générales, sanctions et discipline, règles et mesures destinées à certains groupes d'usagers et de bénéficiaires dont le degré d'intégration institutionnelle est variable (établissements de santé et instituts psychiatriques, établissements scolaires et universitaires, milieu carcéral). Il en découle l'idée d'une coupure entre un ordre interne et un ordre externe. Alors que ce dernier repose sur la pleine opposabilité de ces manifestations envers toute la collectivité, le premier suppose des règles particulières, distinctes, propres à l'organisation et au fonctionnement d'un corps, d'une entreprise ou d'une institution. Pour le droit positif, ses effets restent ainsi limités à la sphère interne de l'organisation et ne concernent pas les tiers.

Né de la biologie, ce constat de règles internes nécessaires à la régulation des organismes vivants, comme le sont les espèces animales et végétales, le corps humain, les écosystèmes et, par association, les entreprises humaines qui atteignent un certain degré de densité institutionnelle, repose

1. En droit privé, cette expression n'est employée que dans la perspective du droit international privé pour distinguer les lois internes d'un ordre juridique national par rapport à celles qui sont issues d'un autre droit étatique ou du droit international public. Dans le *Dictionnaire de droit privé*, 2^e éd., Montréal, Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, 1991, c'est ce sens qui a été attribué aux expressions « règle interne » et « loi interne ». Cette définition ne tient pas compte de l'existence de règles internes au sein des institutions publiques et privées. Cette dimension institutionnelle a pourtant été reconnue depuis longtemps dans les pays de tradition continentale. En droit québécois, la normativité interne des institutions privées n'a fait l'objet d'aucune étude en droit civil, alors qu'en droit administratif cette réalité fait depuis peu l'objet de quelques commentaires dans les ouvrages généraux. Par exemple, dans leurs développements sur le phénomène des directives, R. DUSSAULT et L. BORGEAT, *Traité de droit administratif*, 2^e éd., t. I, Québec, PUL, 1984, 955 pages, p. 418, reconnaissent explicitement l'existence de règles de portée interne qui « ont pour but de régir l'activité à l'intérieur d'une entité administrative ». Tant pour le droit privé que pour le droit public, c'est en fait tout le problème de la normativité institutionnelle qui reste en suspens.

d'abord et avant tout sur la positivité et la rationalité scientifiques. Le chercheur, peu importe le champ disciplinaire dans lequel il poursuit ses réflexions, est placé devant une évidence : ces phénomènes de régulation interne obéissent à des « lois particulières » qui remplissent plusieurs fonctions essentielles, allant de la différenciation et de l'identité jusqu'à l'intégration dans un ordre distinct de tous les éléments qui concourent à la vie de l'organisme ou de l'entreprise. Telle une réalité biologique, cet ordre interne est indissociable de toute forme sociale parvenue à une certaine finitude juridique et institutionnelle, comme c'est le cas des corporations, des entreprises, des associations, des ordres professionnels, des diverses Églises et sectes de toute confession, des syndicats, des sociétés savantes, des partis politiques, des groupes sportifs, des hôpitaux, des prisons et pénitenciers, des établissements scolaires, des universités et collèges, des organismes administratifs autonomes, des sociétés d'État, pour ne nommer ici que des formes courantes de cette institutionnalisation des rapports sociaux. Réalité incontournable puisqu'il suffit de postuler l'existence de ces formes institutionnelles pour que surgissent aussitôt une multiplicité d'ordres internes et de manifestations de cette vie interne qui ne concernent *a priori* qu'un nombre limité d'individus : le personnel, les membres et les adhérents volontaires ou forcés, les groupes d'usagers et de bénéficiaires dont la libre adhésion n'est souvent que bien dérisoire.

Intimement persuadés de l'unicité de l'ordre juridique, les juristes ont ignoré pendant longtemps ce pluralisme, au point que, dans tous les domaines du droit, l'idée d'un ordre interne n'a pas retenu l'attention de la doctrine. Cette lacune est d'abord et avant tout un phénomène anglo-saxon, puisque la common law, dans sa volonté de soumettre les rapports juridiques à un régime général de droit commun, exclusif de par sa nature même de l'idée de droit distinct, condamnait toute forme de reconnaissance de la spécificité d'un ordre juridique quelconque, ou encore d'un domaine particulier du droit, comme c'est le cas du droit administratif. Même la Couronne, si excentrique soit-elle dans l'univers des institutions juridiques et politiques, n'a pu être légitimée et « normalisée » que moyennant sa soumission aux règles de la common law. Le Québec ne peut guère prétendre à plus d'ouverture puisque l'État, dans ses diverses manifestations, apparaît encore, pour l'immense majorité des professionnels du droit, comme la principale source du droit pour l'organisation des rapports privés et publics. Il n'y aurait tout au plus qu'une différenciation fonctionnelle des sources du droit selon l'origine constitutionnelle, législative, réglementaire ou juridictionnelle de la production normative de l'État. L'idée qu'une institution publique ou privée puisse relever en partie d'un ordre juridique interne pour son organisation et son fonctionnement relève encore de l'approximation.

Les progrès enregistrés depuis quelques années à la suite des travaux consacrés aux ordres juridiques et au pluralisme juridique ont permis de rompre la simplification excessive de ce monisme qui domine largement les conceptions actuelles du droit². Faute de retombées visibles en droit du travail ou en droit administratif, la valeur explicative du pluralisme juridique reste encore aléatoire pour la compréhension de ces ordres internes, notamment en vue de souligner les limites du droit positif³. Si l'existence d'un ordre juridique interne propre à chaque institution s'impose comme une réalité objective, les exigences traditionnelles du droit positif en matière de fondements et de régime soulèvent de nombreuses interrogations. L'intégration de cette idée d'ordre interne, son harmonisation avec l'existence d'une légalité générale, la recherche de ses principales sources, la juridicité de ses manifestations, sont autant de difficultés que le droit contemporain, principalement orienté vers la primauté des sources formelles de nature constitutionnelle, législative, jurisprudentielle, semble peu apte à résoudre pour en traduire les expressions originales et l'étendue des champs d'application. Cette lacune du savoir juridique est peu compréhensible en comparaison des efforts déployés par la science juridique des pays de tradition continentale pour analyser la portée et la signification de divers types d'ordres internes, plus particulièrement en droit du travail et en droit administratif.

Dans sa dénonciation de cette unité rigide du droit réduit à ses seules manifestations étatiques, l'école du pluralisme juridique ne semble pas concevoir que l'État puisse être également un phénomène pluriel. Ce pluralisme de l'appareil d'État est particulièrement visible avec la fragmentation de l'Administration en de multiples institutions administratives dotées d'une personnalité juridique distincte : sociétés d'État, tribunaux administratifs, organismes autonomes orientés vers des missions de police administrative, régies assurant des tâches de gestion, etc. Si la

-
2. G. ROCHER, « Pour une sociologie des ordres juridiques », (1988) 29 *C. de D.* 91-120 et J.-G. BELLEY, « L'État et la régulation juridique des sociétés globales. Pour une problématique du pluralisme juridique », *Sociologie et sociétés*, vol. XVIII, n° 1, 1986, pp. 11-31. Sur la compatibilité de « puissances privées » avec l'ordre juridique étatique, voir également G. SIMON, *Puissance sportive et ordre juridique étatique. Contribution à l'étude des relations entre la puissance publique et les institutions privées*, Paris, L.G.D.J., 1990, 429 pages.
 3. En droit privé, les recherches du professeur J.-G. BELLEY, « L'entreprise, l'approvisionnement et le droit. Vers une théorie pluraliste du contrat », (1991) 32 *C. de D.* 253-299 et « Les transformations d'un ordre juridique privé. Les contrats d'approvisionnement à l'ère de la cybernétique et de la gestion stratégique », (1992) 33 *C. de D.* 21-70, laissent entrevoir des progrès significatifs par l'utilisation d'une analyse pluraliste aux fins d'une reconnaissance de l'autonomie institutionnelle dont jouissent les organisations privées dans leurs pratiques contractuelles.

Constitution et les lois permettent d'assurer l'indispensable cohérence de la fonction administrative, ainsi que l'unité des sources et des fondements, cette réalité institutionnelle du type polycentrique qu'est l'Administration n'échappe pas à ce clivage plus fondamental entre légalité interne et externe. À l'instar des règlements internes qui subordonnent à des impératifs de légalité le fonctionnement d'une entreprise ou d'une corporation privée, l'Administration ne peut échapper à ce besoin élémentaire de discipline interne pour la gestion du personnel, l'organisation du travail, l'orientation des activités par la formulation d'objectifs et de directives, la hiérarchisation des rapports, l'expédition des affaires courantes, la réglementation des rapports avec les fournisseurs et les entrepreneurs, la répression de certaines déviations par des sanctions, le contrôle et l'intégration institutionnelle des usagers. Sous leur forme la plus visible, ces activités se traduisent par l'adoption de « règlements internes » pour l'entreprise privée, alors que l'Administration préfère déployer le champ clos de cette normativité dans les directives, les circulaires, les instructions, les manuels, les notes, les guides, les codes de pratique, pour ne nommer ici que des formes connues de ces pratiques administratives. Cette face cachée de la normativité soulève depuis quelques décennies de nombreuses questions sans que, par ailleurs, une explication globale puisse apporter des solutions ordonnées et cohérentes.

En droit administratif, ces lacunes dans la compréhension de la normativité interne procèdent de trois causes distinctes. Dans un premier temps, il faut constater que le droit public de tradition britannique offre des conditions particulièrement défavorables pour l'élaboration d'une approche organisationnelle et institutionnelle de la normativité. Cette tradition repose sur la négation de l'Administration en tant qu'espace différencié. Cette dernière n'est tout au plus qu'un appareil subordonné sans autonomie propre et réduit à une fonction purement instrumentale dans l'exécution des politiques publiques. Même si cette vision de la fonction administrative a été critiquée par plusieurs auteurs, elle imprègne encore largement les esprits⁴. Dans un deuxième temps, il faut signaler que l'approche diceyenne a favorisé ce genre de distorsions en faisant du Parlement et des cours les seuls organes habilités à produire du droit, tout en créant un climat de méfiance et d'hostilité envers la fonction administrative. Enfin, le modèle britannique est encore marqué par une conception très formaliste de l'ordonnancement juridique au sein de l'État. Dans la perspective kelsénienne de la gradation des normes, tout se passe comme si l'ordre

4. Sur les lacunes de l'approche traditionnelle, voir : COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *Pour un nouveau droit administratif fédéral*, Ottawa, Commission de réforme du droit du Canada, 1987, pp. 5-10.

étatique se réduisait à une légalité pyramidale du type vertical où toute norme inférieure devait forcément trouver le fondement de sa validité dans une norme supérieure. Cette conception univoque et hiérarchisée oppose des obstacles considérables à une analyse plus fine de l'autonomie fonctionnelle de la normativité au sein de l'Administration. La dimension scientifique et technique de la réglementation, ainsi que la complexité des enjeux technologiques, favorise tout au contraire la prépondérance de la fonction administrative dans une perspective ascendante et descendante des circuits d'échanges avec le pouvoir politique.

En dépit de son inadaptation, ce cadre traditionnel ne doit pas pour autant être négligé. Son étude permet de mesurer l'éclatement des sources, car le droit positif n'offre en cette matière que des solutions en ordre dispersé. Ce morcellement est particulièrement sensible en droit public où le législateur multiplie au fil de ses interventions des conditions particulières pour l'organisation et le fonctionnement de chaque institution administrative. En revanche, on aurait pu s'attendre que le droit privé offre un cadre théorique plus satisfaisant par l'ancienneté de ses traditions et l'importance de divers phénomènes organisationnels : la propriété, l'entreprise et la corporation. Ces trois réalités supposent l'existence de pouvoirs de contrôle et d'organisation à des fins d'exclusion, d'ordre, de discipline et de bon fonctionnement. Mais encore eût-il fallu que le droit privé ait été ouvert à la dimension sociale et organisationnelle des institutions privées, ce qui n'est manifestement pas le cas puisqu'il reste tributaire d'une approche individualiste et contractualiste des rapports juridiques. D'où la nécessité de proposer une véritable alternative à ces carences du droit public et du droit privé pour parvenir à une compréhension satisfaisante de la normativité au sein des organisations, peu importe qu'il s'agisse d'un organisme public ou d'une entreprise privée. Même si la présente étude relève principalement du droit administratif par ses préoccupations et son cadre d'analyse, une réflexion qui intègre également le droit privé offre un cadre plus propice pour reconnaître l'importance de l'ordre juridique interne dans la théorie générale du droit.

Aux fins d'une étude consacrée à la normativité interne en droit administratif, il aurait été beaucoup plus facile d'orienter l'analyse vers une problématique qui aurait relevé exclusivement du droit public. C'est l'approche qui a été suivie jusqu'ici par tous les auteurs qui se sont penchés sur la question des circulaires et des directives. Même s'il s'agit de normes unilatérales (leur juridicité n'est pas encore admise par tous), l'idée même de règles générales n'est pourtant pas un phénomène exclusivement public. Le droit privé en offre des exemples au sein des institutions privées. Pour le droit administratif, il faut également tenir compte de cette dimen-

sion privée, car l'Administration est aussi un propriétaire qui jouit de son patrimoine dans des conditions assez similaires à celles des personnes privées. Cette administration est également chef d'entreprise, surtout dans la perspective des entreprises publiques et des sociétés d'État. De même, elle bénéficie pour diverses fonctions de la forme corporative afin de permettre à des organismes autonomes (régies et sociétés) de jouir de la plénitude des droits et pouvoirs propres à la personnalité morale. Plusieurs organismes sont des corporations de droit public, d'où l'existence de pouvoirs reconnus par le législateur pour leur organisation et leur fonctionnement.

Ce partage complexe du public et du privé montre bien, si besoin est, le régime dualiste qui caractérise le statut juridique de l'Administration⁵. Pour l'appréhension de la normativité interne au sein des institutions administratives, le positionnement et la hiérarchisation réciproques du droit public et du droit privé n'offrent toutefois qu'une importance secondaire. En effet, la normativité transcende ce clivage traditionnel du public et du privé pour rejoindre un type de questionnement qui relève de la théorie générale du droit. Contrairement aux idées reçues, le droit privé présente, aux fins d'une analyse de la normativité institutionnelle, une importance qui est loin d'être négligeable. Cette dimension a cependant été oubliée, tant dans les ouvrages de droit privé que dans les ouvrages de droit public, ce qui aboutit à de graves distorsions pour une analyse plus fine de la normativité interne. Antérieur au droit administratif par ses origines, le droit privé mérite plus qu'un simple détour. Loin d'être fermé au phénomène de la réglementation, il offre d'autres pistes explicatives pour comprendre la domesticité des pouvoirs internes : procédés d'exclusion et de contrôle, discipline institutionnelle, élaboration de diverses pratiques normatives. Même si les résultats risquent d'être décevants en matière de droit positif, l'enjeu réel n'est rien de moins que l'appréhension de la normativité par le droit privé.

5. Dans le cadre des dispositions consacrées aux personnes morales, le nouveau *Code civil du Québec* précise à l'article 300 que « [l]es personnes morales de droit public sont d'abord régies par les lois particulières qui les constituent et par celles qui leur sont applicables ». De cette formulation, on retiendra le terme « d'abord » dont la signification (« en premier lieu ») est dénuée de toute ambiguïté. L'Administration, dans sa réalité institutionnelle, n'est constituée que de personnes morales de droit public, au premier rang desquelles figurent la Couronne et ses mandataires. Cette primauté du droit public n'est pas fondamentalement remise en cause par l'assujettissement de l'État et des personnes morales du droit public au Livre cinquième du *Code civil du Québec* sur les obligations (article 1376 du *Code civil du Québec*). Outre le fait que cet article 1376 réintroduit la distinction public/privé, sa portée n'est que toute relative compte tenu de l'approche restrictive retenue pour définir l'obligation à l'article 1372 du Code.

1. L'appréhension de la normativité par le droit privé

Souvent perçue comme l'expression même de l'unilatéralité qui caractérise bon nombre de techniques juridiques en droit public, la réglementation n'en est pas pour autant un procédé exclusif au droit public. La confusion qui existe encore entre la législation et la réglementation étatique (la « législation déléguée ») favorise ce lien trop absolu entre normes unilatérales de portée générale et procédés de puissance publique du type lois et règlements, comme si le pouvoir de modifier unilatéralement les droits et obligations des tiers relevait exclusivement de l'État⁶. Pourtant, le droit civil offre plusieurs exemples de cette utilisation de l'acte unilatéral dans les rapports de droit privé : le testament, la cessation d'un contrat à durée indéterminée⁷, la renonciation à une succession ou à une communauté, l'offre ferme de contracter, la révocation d'un mandat ou la renonciation à ce dernier⁸, la renonciation à une prescription acquise⁹, la résiliation d'un bail, pour ne donner ici que ces seuls exemples¹⁰. Le nombre et l'import-

6. Ce fait s'explique par l'importance numérique des actes administratifs unilatéraux, ce qui est à l'origine de distinctions un peu manichéennes entre le caractère unilatéral du droit public et le caractère consensuel du droit privé. Il faut simplement constater que ces deux domaines du droit restent respectivement dominés par l'unilatéral et le bilatéral sans qu'on puisse pour autant en faire une caractéristique essentielle de leur originalité propre. Il ne s'agit que de différences d'orientation dans le choix de techniques qui appartiennent au fonds général du droit : « Alors qu'en droit privé l'acte normal et fondamental a tendance à respecter l'autonomie de la volonté, la liberté et l'égalité des sujets de droit, en droit public l'Administration est normalement habilitée à créer des droits et obligations à l'égard des administrés sans obtenir leur consentement » : P. GARANT, *Droit administratif*, 3^e éd., vol. 1, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991, 729 pages, p. 343. Cette tendance lourde du droit public ne peut cependant faire oublier l'importance de la technique contractuelle en droit administratif. Pour une analyse de la gradation qui va de l'unilatéral « pur » jusqu'au contrat avec différentes typologies, voir en droit belge l'importante étude de M. PÂQUES, *De l'acte unilatéral au contrat dans l'action administrative*, Bruxelles, Story-Scientia, 1991, 450 pages.

7. Dans le cadre du contrat de travail, l'article 2091 du *Code civil du Québec* en offre un bon exemple : « Chacune des parties à un contrat à durée indéterminée peut y mettre fin en donnant à l'autre un délai de congé. » De même, l'article 2094 dispose qu'« [u]ne partie peut, pour un motif sérieux, résilier unilatéralement et sans préavis le contrat de travail ». Ces exemples ne requièrent aucune forme d'acceptation ou de refus de l'autre partie.

8. C.c.Q., art. 2175-2185. Dans le cadre de l'article 2179, le législateur fait explicitement référence à l'unilatéralité.

9. C.c.Q., art. 2883-2888.

10. Dans une perspective de droit public, ces exemples ne sont que des actes individuels ou particuliers. La rationalité du droit privé repose en effet sur une conception personnaliste des relations juridiques, ce qui laisse peu de place à des exemples où l'unilatéralité se traduirait par des actes à portée générale (normes et règlements). Même si le législateur emploie dans le nouveau *Code civil du Québec* le terme « règlement » pour désigner l'acte constitutif de copropriété, le droit actuel ne favorise pas l'unilatéralité comme grille d'analyse : voir *infra*, note 25.

tance de ces actes unilatéraux de droit privé ne rencontrent toutefois qu'un faible écho au sein d'une tradition restée captive d'une idéologie volontariste et contractualiste des rapports sociaux¹¹. Par une sorte de réductionnisme, cette orientation ramène trop souvent la définition de l'obligation à un rapport individualisé entre deux personnes, au détriment de rapports collectifs asymétriques de nature institutionnelle (dimension sociale de la notion de droit de propriété ou discipline interne au sein d'une institution privée).

Ces orientations propres au droit public et au droit privé ont eu pour effet d'évacuer la notion même de norme unilatérale à portée générale du champ de réflexion des ouvrages de droit civil. Comme cette norme ne peut que se caractériser par les attributs traditionnels de la loi (abstraite, générale, impersonnelle, ayant valeur *erga omnes*), le phénomène global de la réglementation est devenu matière de droit public¹². L'importance du

-
11. Comme le rappelle M. TANCELIN, *Des obligations*, 4^e éd., Montréal, Wilson et Lafleur, 1988, 750 pages, p. 207, « Traditionnellement la doctrine civiliste met en doute quand elle ne la nie pas, la notion d'acte unilatéral. La raison tient à ce qu'elle s'inspire généralement de la conception subjective de l'obligation [...] qui considère celle-ci comme le résultat d'un accord de volontés. » Un bon exemple en est offert par l'ouvrage de J. PINEAU et D. BURMAN, *Théorie des obligations*, 2^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1988, 542 pages, où la notion d'engagement unilatéral est condamnée pour son caractère inutile, tout comme l'acte unilatéral qui en reste absent (p. 225). Il ne faut pas s'étonner de cette orientation dans la mesure où les deux auteurs définissent l'obligation comme un rapport de droit entre un créancier et un débiteur (p. 2). En droit civil québécois, ce refus de l'unilatéralité ne fait pas toutefois unanimité comme en témoigne l'ouvrage de J.-L. BAUDOUIN, *Les obligations*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1989, 746 pages, pp. 43-44, où l'auteur se prononce clairement en faveur de la reconnaissance des actes juridiques unilatéraux au sein de la théorie des obligations. En droit français, plusieurs auteurs, et non des moindres (R. Saleilles, F. Geny), ont reconnu ou reconnaissent l'engagement par volonté unilatérale : J. MARTIN DE LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral. Essai sur sa notion et sa technique en droit civil*, Toulouse, Sirey, 1951, 343 pages ; B. STARCK, *Droit civil. Obligations*, Paris, Librairies techniques, 1972, 819 pages, pp. 353-357. M. TANCELIN et D. GARDNER, *Jurisprudence commentée sur les obligations*, 5^e éd., Montréal, Wilson et Lafleur, 1992, 898 pages, p. 282, laissent entendre que la doctrine de la volonté unilatérale a été reconnue en droit contractuel au Québec. De la volonté unilatérale à la norme unilatérale de portée générale, il y a toutefois une différence de principe dans l'unilatéralité que le droit privé n'a pas encore intégrée.
 12. Ce problème présente d'abord une dimension sémantique puisque la doctrine de droit public emploie le terme « règlement » pour appréhender le phénomène réglementaire. C'est là une lacune embarrassante puisque le règlement n'est que l'une des manifestations de la notion d'acte réglementaire. Cette dernière permet de refléter plus adéquatement la complexité et la diversité de l'activité réglementaire de l'État où le « règlement » ne figure qu'à titre de mode formalisé de cette fonction. Depuis fort longtemps, la production réglementaire de l'Administration emprunte assez fréquemment des voies moins orthodoxes : ordonnances, directives, circulaires et autres pra-

phénomène réglementaire et la variété des pratiques normatives dans les institutions privées apportent néanmoins un démenti à ce partage quelque peu rudimentaire entre droit public et droit privé, comme si le premier pouvait prétendre à un monopole exclusif d'une technique juridique qu'on associe trop sommairement à la loi. Dans des conditions aussi défavorables, il est illusoire de s'attendre que le droit privé offre, en guise de réplique au droit public, une théorie générale de la réglementation au sein des institutions privées. Mais comme le phénomène de la réglementation interne occupe une place fondamentale dans le fonctionnement de ces institutions, il ne faut donc pas s'étonner de sa résurgence en quelques points sensibles : le droit de propriété, la gestion des entreprises et le droit des corporations. Bien qu'ils n'aient pas la même valeur explicative, ces champs de réflexion n'en offrent pas moins des perspectives intéressantes puisqu'ils traduisent, à des degrés divers, une réalité inhérente au fonctionnement de toute institution publique ou privée : la normativité interne.

1.1 L'utilisation du droit de propriété aux fins d'une conception patrimoniale de la normativité

De prime abord, le droit de propriété peut apparaître séduisant puisque quelques auteurs l'utilisent pour justifier le droit du propriétaire de l'entreprise de formuler des règlements internes pour l'organisation du travail et la discipline du personnel. Le droit de propriété sur une chose (terrain, domaine, entreprise) supposerait ainsi l'existence d'un pouvoir normatif du type unilatéral pour assujettir certains groupes (employés, visiteurs, usagers, clients) à des prescriptions impératives relatives à la fréquentation et à l'utilisation de cette chose, ou de façon plus générale, pour réglementer toute forme d'activités dans les limites de cette chose. Dans cette perspective, tout, ou presque, pourrait devenir objet de cette réglementation privée : normes de sécurité, exigences relatives à la tenue

tiques similaires. À la différence du « règlement », ces actes ne présentent une valeur réglementaire que si une autorité juridictionnelle leur attribue un tel caractère, d'où l'irréductible ambiguïté de cette catégorie. En l'état actuel des choses, la science juridique ne dispose pour le moment que du terme « règlement » pour saisir la réalité de l'acte réglementaire et de la réglementation (fait aggravant, ce terme est souvent synonyme de « législation »), d'où l'apparente impossibilité de sortir du cercle du droit public. Par exemple, lorsque P. GARANT, *op. cit.*, note 6, p. 343, affirme que « le règlement occupe une place à part, parce qu'il s'agit là [de] l'une des fonctions essentielles de l'État : la fonction législative », ce passage ne soulèverait guère de problèmes en l'absence de toute association exclusive entre règlement, acte réglementaire et réglementation. Mais comme c'est effectivement le cas, cette affirmation révèle l'ampleur des difficultés en vue d'émanciper le phénomène réglementaire de la tutelle du droit public.

vestimentaire, à l'usage du tabac, à la consommation d'aliments, au stationnement des véhicules, à la prohibition de conduites répréhensibles, à l'horaire, pour ne donner que ces quelques exemples. Aux fins du droit public, ce prolongement du droit de propriété a cessé d'être une simple hypothèse depuis que le juge Pratte de la Cour d'appel fédérale a affirmé que « le gouvernement possède, à l'égard de ses biens, les mêmes droits que tout propriétaire » afin d'exclure des aéroports fédéraux, sur le fondement d'une politique interne, toute forme de sollicitation en vue de distribuer des tracts politiques¹³. Ce recours explicite au droit de propriété pour justifier des mesures d'exclusion fondées sur une politique administrative dérivée d'un règlement laisse filtrer une conception patrimoniale de la réglementation. Cette approche n'est guère défendable puisqu'une analyse attentive du droit de propriété révèle que la fonction normative de l'Administration, lorsqu'elle est appelée à dépasser le stade rudimentaire de la conservation et de la protection du domaine public, ne peut se déduire uniquement des prérogatives attachées traditionnellement à la qualité de propriétaire.

1.1.1 Les prérogatives liées au droit d'exclusion et de contrôle

Le droit de propriété éveille d'abord l'idée d'une chose. En s'inspirant de la conception romaine de la propriété, le droit civil insiste traditionnellement sur l'existence d'une relation entre une personne et une chose, ce que confirment les formules retenues au fil des codifications¹⁴. Le droit de propriété est ainsi défini comme absolu, exclusif et perpétuel par rapport à un objet¹⁵. Cette « chosification » du droit de propriété permet à son titulaire d'exercer la plénitude des prérogatives d'une personne sur une chose (*plena in re potestas*), ce qui revient à une sorte de souveraineté¹⁶.

13. *Comité pour la République du Canada — Committee for the Commonwealth of Canada c. La Reine du chef du Canada*, [1987] 2 C.F. 68, 74 (C.A.F.). Tout en refusant de confondre propriété publique et propriété privée, les juges Hugessen et MacGuigan ont néanmoins reconnu que la ligne de conduite du ministère des Transports était fondée « sur le droit de propriété prévu par le droit civil et la *common law* » (77 (j. Hugessen) et 82 (j. MacGuigan)). Pour les suites de cette affaire en Cour suprême, voir *infra*, note 27.

14. Dans une formule presque sacramentelle, qui reprend en termes identiques le contenu de l'article 544 du *Code civil français*, l'article 406 du *Code civil du Bas Canada* énonce que « [l]a propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue ». La formule retenue pour l'article 947 du *Code civil du Québec* reprend sensiblement les mêmes termes : « La propriété est le droit d'user, de jouir et de disposer librement et complètement d'un bien » (la référence au caractère absolu est abandonnée). À la différence de la formule française, celle du Québec laisse toutefois entendre que le droit de propriété reste assujéti aux limites et aux conditions fixées par la loi.

15. P.-C. LAFOND, *Droit des biens*, Montréal, Éditions Thémis, 1991, 790 pages, p. 187.

16. A. WEILL, F. TERRÉ et P. SIMLER, *Droit civil. Les biens*, 3^e éd., coll. « Précis Dalloz », Paris, Dalloz, 1985, 842 pages, p. 109.

Cette puissance sur la chose confère un caractère absolu à l'exercice du droit, ce qui permet à son titulaire d'user de la chose, d'en percevoir les fruits et d'en disposer¹⁷. Avec cette idée d'absolutisme sur la chose, toute dimension sociale de la propriété semble exclue au profit d'une relation entière et totale entre une personne et un objet (*usus, fructus, abusus*). Ce n'est qu'avec la deuxième caractéristique du droit de propriété, l'exclusivité, que la question des « tiers » est évoquée à des fins d'opposabilité. Par son caractère exclusif, la propriété permet d'empêcher qu'un tiers puisse se servir de la chose, d'où l'interdiction de toute forme d'empiètement avec ou sans préjudice¹⁸. L'exclusivité devient en quelque sorte l'expression d'un monopole en vue d'interdire, d'exclure, d'expulser, de rejeter ou de ne pas tolérer pour user et disposer librement de la chose¹⁹. Le *dominium* romain qui est à l'origine de la conception moderne de la pro-

17. « La propriété est donc le droit le plus absolu que nous puissions avoir sur une chose » : P.B. MIGNAULT. *Le droit civil canadien*, t. 2, Montréal, Librairie de droit et de jurisprudence, 1896, 671 pages, p. 477.

18. « L'exclusivisme prolonge l'absolutisme. Personne physique ou personne morale, le propriétaire est seul maître de son bien, en ce sens qu'il peut s'opposer à ce que les tiers empiètent sur son droit, par exemple pénètrent sur son terrain, sans qu'il soit alors nécessaire de se demander si cet empiètement ou cette pénétration lui causent un préjudice, matériel ou moral » : A. WEILL, F. TERRÉ et P. SIMLER, *op. cit.*, note 16, p. 128. Voir également : M. VANEL, *Propriété*, Paris, Répertoire Dalloz, 1976, n° 120 ; C. ATIAS, *Droit civil (Les biens)*, 2^e éd., Paris, Litec, 1991, 341 pages, p. 74. Dans leur interprétation du caractère exclusif de la propriété, les auteurs en livrent une dimension essentiellement négative, en ce sens que l'exclusivité ne sert qu'à défendre les droits du propriétaire contre les actions des tiers. Cette approche individualiste et passive de la propriété, réduite à sa seule dimension défensive, ne permet pas de l'appréhender dans le cadre d'une économie globale des rapports économiques et sociaux où la spatialisation de la propriété suppose l'utilisation de normes générales à des fins d'organisation, d'échanges, de relations avec différents acteurs engagés dans l'élaboration d'un ordre global (gestion d'un territoire, développement d'un secteur industriel, lutte contre des nuisances). Ce qui semble manifestement faire défaut, c'est une approche relationnelle de la propriété en fonction de l'existence d'autres ordres normatifs, ou encore des impératifs de coordination et de cohérence rendus nécessaires par la mobilisation des différents partenaires sociaux en vue de remédier à certaines situations (santé et sécurité, déchets, environnement, urbanisme, embellissement). Par diverses formes de prohibitions et de contraintes envers des personnes appréhendées à titre de tiers, le propriétaire, loin de défendre jalousement l'intégrité de sa possession, ne fait que participer à l'élaboration d'un ordre environnemental, économique, urbanistique, industriel. À l'échelle de chaque parcelle ou de chaque immeuble, l'exclusivité ne peut se concevoir sans la participation active à des réseaux complexes de régulation globale.

19. Dans les dispositions relatives à la nature et à l'étendue du droit de propriété, l'article 953 du *Code civil du Québec* reconnaît ce droit d'exclusivité : « Le propriétaire d'un bien a le droit de le revendiquer contre le possesseur ou celui qui le détient sans droit ; il peut s'opposer à tout empiètement ou à tout usage que la loi ou lui-même n'a pas autorisé. »

priété n'est d'ailleurs pas très éloigné de cette idée de droit quasi souverain²⁰.

En dépit des affirmations traditionnelles du droit civil, ce pouvoir d'exclusion et de contrôle réintroduit la dimension sociale de la propriété puisque cette dernière apparaît davantage comme un rapport entre sujets de droit plutôt qu'une relation exclusive entre une personne et une chose²¹. À cet égard, la possession d'une chose ne revêt un sens pour son bénéficiaire qu'à condition de pouvoir opposer à autrui un droit exclusif sur la chose²². Par des actes matériels (installation d'une clôture ou d'une serrure), par des mesures particulières (sommation ou ordre de quitter les lieux), ou par la formulation de normes à portée générale (interdiction de toute forme de sollicitation à des fins religieuses, commerciales ou politiques), ce pouvoir d'exclusion vise d'abord et avant tout à protéger le propriétaire de l'empiétement de personnes qui, faute de mieux, sont désignées en leur qualité de tiers. Comme le signale F. Zénati, « son exercice permet au propriétaire d'autoriser, de réglementer ou d'interdire les relations d'autrui avec sa chose²³ ». Le droit de propriété aurait-il donc une dimension normative dont la doctrine classique n'aurait pas perçu l'importance ? Peut-on affirmer sans risque que cette « réglementation », si primitive soit-elle, découle des seules prérogatives liées à la qualité de propriétaire ?

Un examen plus attentif confirme le caractère primaire de cette normativité attachée à l'exercice du droit de propriété. En effet, le pouvoir d'exclusion, dans l'analyse qu'en offrent les civilistes, n'a rien de particulièrement convivial puisqu'il vise à éloigner autrui en vue de permettre une possession jalouse et totale de la chose. Dans l'ensemble, son exercice présente une dimension négative (c'est l'exclusion) en vue de protéger la chose, et, également, le propriétaire dans sa relation possessive avec

20. M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. 3, « Les biens », Paris, L.G.D.J., 1926, 991 pages, p. 215.

21. Sur la propriété à titre de fonction sociale, voir J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 2, *Les biens et les obligations*, coll. « Thémis », Paris, PUF, 1962, 823 pages, p. 87.

22. En considérant le droit de propriété essentiellement comme un *jus in re* à titre de droit réel par excellence, l'approche traditionnelle semble perdre de vue que ce droit s'exerce contre des personnes. Pour J.-G. CARDINAL, « La propriété immobilière, ses démembrements, ses modalités », (1964-65) 67 *R. du N.* 271-284, 280, le droit de propriété, à titre de droit réel, « permet à son titulaire de réclamer directement, sans l'intermédiaire d'une personne, les services, les émoluments de la chose ». S'il est effectivement vrai qu'en temps normal le propriétaire d'un immeuble jouit directement de son bien sans l'intermédiaire d'une autre personne (un administrateur par exemple), il est peu vraisemblable de prétendre que le droit de propriété se résume à des prérogatives juridiques qu'il est possible d'exercer sur une chose.

23. F. ZÉNATI, *Les biens*, coll. « Droit fondamental », Paris, PUF, 1988, 397 pages, p. 106.

l'objet. Sa manifestation principale en est l'interdiction du type « Défense de... ». À l'encontre des tiers, ce droit d'exclusion, dans son interprétation traditionnelle, ne peut être opposé que si la norme se rapporte immédiatement à la conservation et à la préservation de la chose.

Dans cette perspective, l'exclusivité ne participe d'aucune façon à l'élaboration d'un ordre global afin d'aménager des rapports économiques ou des rapports collectifs. Dans de nombreux ouvrages de droit civil, tout se passe comme si la propriété, abstraite et absolue dans son essence, permettait au propriétaire d'agir seul, préoccupé de la poursuite de ses seuls intérêts dans l'appropriation exclusive de la chose. Cet isolement, voulu par le droit civil, n'offre qu'une conception réductrice orientée vers le rejet d'autrui²⁴. Cette fonction négative de l'exclusivité n'est guère propice à la reconnaissance de fondements tangibles en vue de l'élaboration d'une réglementation complexe pour organiser positivement des rapports juridiques. Prétendre le contraire irait sûrement à l'encontre de la conception libérale du droit de propriété puisque la *proprietas* serait ainsi, dans une perspective toute médiévale, à l'origine d'un droit direct sur la personne d'autrui en fonction de la possession d'un domaine ou d'un immeuble. Par exemple, si le propriétaire d'un vaste domaine peut interdire par l'usage de panneaux le droit de chasser sur sa propriété (au sens primaire, il s'agit de la formulation d'une « norme » à portée générale dont l'opposabilité est *erga omnes*), il ne peut, en revanche, dans l'hypothèse d'un accueil favorable envers les chasseurs, s'arroger, en vertu de son droit de propriété, le droit de réglementer leur tenue vestimentaire ou leur imposer des normes de sécurité dans le maniement des armes à feu. La tenue vestimentaire et les normes de sécurité ne peuvent se rattacher de toute évidence à la préservation et à la conservation de la chose puisqu'il n'existe pas de lien direct et immédiat entre ces normes et la matérialité de la chose. C'est ce qui explique le primitivisme de cette réglementation qui ne peut dépasser le stade embryonnaire de la protection contre les atteintes des tiers. De plus, son espace normatif ne peut guère excéder les dimensions de la chose ou ses abords immédiats. Malgré ces limites, ce phé-

24. En France, les plus récentes contributions insistent davantage sur la dimension relationnelle du droit de propriété. Ainsi pour M.-A. FRISON-ROCHE et D. TERRÉ-FORNACCIARI, « Quelques remarques sur le droit de propriété », *A.P.D.* 1990, t. 35, 233-244, 240, « il n'en demeure pas moins que l'évolution juridique atteste que le droit de propriété ne serait plus le trait d'union, au sens le plus fort du terme, de la chose et de l'homme, de l'avoir et de l'être, mais un mode, une variété de relation distante entre les êtres. Cette distance [...] oblige le propriétaire à se mettre en perspective des autres personnes [...] ». Cette étude ne représente pas toutefois une rupture avec l'approche traditionnelle, puisque cette dimension relationnelle est analysée dans une perspective défensive (p. 236), et non pas dans sa dimension active à des fins socio-organisationnelles.

nomène de la « réglementation privée » n'en montre pas moins que le droit de propriété est à l'origine d'une utilisation primaire de la normativité sous forme de prescriptions et de prohibitions²⁵. C'est là un pouvoir inhérent qui se déduit d'un droit exclusif sur la chose²⁶.

-
25. À ce constat, il serait possible d'opposer, à des fins de réfutation, la complexité des rapports juridiques dans le cadre de l'appropriation collective d'un immeuble. En effet, la copropriété semble apporter un démenti à ce primitivisme du seul fait de l'existence des déclarations de copropriété, dont le mode de formulation par articles semble offrir un bon argument pour réintroduire la technique réglementaire dans l'exercice du droit de propriété. Dans les dispositions consacrées à la déclaration de copropriété, le *Code civil du Bas Canada* n'apporte aucune précision quant à la nature juridique de ce document. Son opposabilité envers les copropriétaires est simplement rappelée à l'article 441n : « La déclaration de copropriété et ses modifications obligent les copropriétaires et leurs ayants droit à titre universel » (repris en substance par les articles 1057 et 1062 du *Code civil du Québec*). Même si la déclaration est principalement destinée à clarifier les rapports réciproques des copropriétaires dans l'utilisation des parties exclusives et des parties communes, il n'en existe pas moins des dispositions qui concernent les tiers : circulation dans les parties communes, stationnement, prohibitions diverses (animaux, véhicules, appareils de son, etc.). Le droit d'exclusivité attaché à la propriété réapparaît ainsi sous sa forme collective, sans que, par ailleurs, on puisse relever une modification sensible du caractère primaire déjà observé à l'échelle de la propriété individuelle. Pour ce qui est de la nature globale de la déclaration de copropriété, un certain flottement ne semble pas avoir été dissipé. En droit des biens, les auteurs ne sont pas du même avis. Pour une interprétation contractuelle de la déclaration, voir R. COMTOIS, « L'immutabilité de la déclaration de copropriété », (1986-87) 89 R. du N. 254-255. Pour la thèse unilatérale, voir P.-C. LAFOND, *op. cit.*, note 15, p. 362. En droit français, les auteurs attribuent, sur la base d'une interprétation des termes employés par le législateur, une portée conventionnelle aux règlements de copropriété : C. ATIAS, *op. cit.*, note 18, p. 245 ; F. GIVORD et C. GIVERDON, *La copropriété*, 4^e éd., Paris, Dalloz, 1992, 777 pages, pp. 276-278. Cette solution est celle que le législateur a retenue pour le nouveau *Code civil du Québec* : le terme « règlement » est employé à trois endroits pour désigner la déclaration de copropriété (art. 1054 et 1057) ; mais comme la collectivité des copropriétaires forme une personne morale qui prend le nom de syndicat (art. 1039), le débat est désormais tranché en faveur de la thèse contractuelle par le simple effet de l'article 313 (sur cette disposition, voir *infra*, notes 94-98).
26. En offrant à son titulaire la possibilité d'édicter certaines normes à l'égard des tiers, le droit de propriété permet de dégager une perspective intéressante sur la notion de pouvoir en droit privé. Dans une analyse stimulante sur ce phénomène, E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, Paris, Economica, 1985, 250 pages, p. 140, montre que diverses prérogatives juridiques ne font que traduire une relation de pouvoir qui permet de modifier unilatéralement l'ordonnement juridique, d'empiéter sur la sphère juridique d'autrui. Sous l'angle de la pure technique juridique, le pouvoir apparaît ainsi comme l'aptitude à produire des actes juridiques qui s'imposent unilatéralement à autrui, phénomène auquel n'échappe pas le droit privé. Pour une analyse du même type, voir également : H. DUMONT, « Des contrôles de constitutionnalité et de légalité en droit public aux contrôles de pouvoir en droit privé : pour une théorie critique des contrôles de la validité des actes unilatéraux émanant d'un pouvoir public ou privé », dans CENTRE INTERUNIVERSITAIRE DE PHILOSOPHIE DU DROIT, *Droit et pouvoir*, Bruxelles, Story-Scientia, 1987, pp. 193-250.

Entre cette formulation de « normes simples » dont la faculté est offerte à tout propriétaire public ou privé pour la conservation de ses biens (principalement de nature immobilière) et la complexité de la réglementation interne qui caractérise le fonctionnement des entreprises et des institutions administratives, les questions de sources et de fondements n'ont plus la même signification. Dans les deux cas, il s'agit pourtant de normes internes, ce qui favorise la confusion des genres quand il faut expliquer le fondement des normes destinées au personnel ou aux groupes d'utilisateurs et de bénéficiaires, ou encore à la clientèle. Mais comme cette réglementation interne dépasse par sa portée les seules limites spatiales de l'institution, la thèse du droit de propriété connaît un rapide essoufflement pour justifier la normativité spéciale qui unit l'institution à ses usagers ou à ses membres. Cette réglementation institutionnelle repose avant tout sur des liens d'appartenance et d'adhésion dont ne peut rendre compte la spatialisation de la propriété.

Autre difficulté dont il faut tenir compte, cette conception patrimoniale de la réglementation soulève plus d'une interrogation dans un contexte de droit public. Seule l'imprécision qui caractérise encore la notion de propriété publique a permis jusqu'ici quelques transpositions hasardeuses des conceptions privatistes du droit de propriété dans des problématiques de droit administratif.

1.1.2 Les tentatives d'application du cadre privatiste en droit public

En dépit de son importance territoriale, la notion de propriété publique n'a guère retenu l'attention des tribunaux en droit canadien, ce qui pourrait d'ailleurs justifier des doutes sur l'existence même de cette notion. Pour clarifier la portée de la liberté d'expression garantie par l'article 2 b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* dans le cadre des aéroports fédéraux, la Cour suprême a été appelée récemment à se prononcer sur les fondements de la propriété publique²⁷. Aux fins du litige, le Gouvernement fédéral « a prétendu que son droit de propriété ne diffère aucunement du droit d'un propriétaire privé en général et qu'il devrait donc pouvoir contrôler toute activité et en exclure d'autres comme bon lui semble²⁸ ». En se fondant sur l'article 7 du *Règlement sur l'exploitation de concessions aux aéroports du gouvernement* (DORS 79-373), les autorités fédérales invoquaient une politique générale qui prohibait toute forme de publicité ou de sollicitation dans les aéroports.

27. *Sa Majesté La Reine du chef du Canada c. Comité pour la République du Canada — Committee for the Commonwealth of Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139.

28. *Id.*, 188.

Ce détour par le droit de propriété n'est pas fortuit puisque cette politique rejoignait ce pouvoir d'exclusion et de contrôle qui découle de l'exclusivité. En opposant aux tiers une norme primaire fondée sur l'exclusion, les autorités ont tenté de se prévaloir des avantages inhérents au droit de propriété. Par le jeu d'une confusion entre propriété publique et propriété privée, les diverses institutions de l'État seraient ainsi en mesure de revendiquer la plénitude des prérogatives attachées au droit de propriété pour fonder la validité d'interventions normatives liées à la conservation de leur patrimoine.

Tout en censurant cette politique d'exclusion pour violation de la liberté d'expression, la Cour suprême n'a pas apporté de solution cohérente à cette question. Les quatre juges qui se sont prononcés explicitement ne partagent pas les mêmes vues sur la nature de la propriété publique. Rejoignant la position du juge Pratte de la Cour d'appel fédérale²⁹, le juge La Forest a conclu qu'« [e]n général, les droits de propriétaire de l'État sont les mêmes que ceux des propriétaires privés », sous réserve des exigences de la Charte³⁰. En affirmant que « le caractère distinct de la propriété gouvernementale restreint l'application des règles de droit relatives à la violation de la propriété », la juge L'Heureux-Dubé ne partage pas cette position. De son argumentation, il faut notamment retenir l'article 399 du *Code civil du Bas Canada* qui dispose ceci : « Les biens appartenant à l'État [...] sont régis par le droit public ou par les lois administratives. » Quant au juge Lamer, tout en reconnaissant « la nature particulière de la propriété gouvernementale », il ne rompt pas véritablement avec le cadre privatiste en affirmant « la nature « quasi-fiduciaire » du droit de propriété gouvernemental [...] puisque le gouvernement administre ses propriétés pour le bénéfice de la masse des citoyens³¹ ». La Cour a également débattu de la pertinence de la notion de forum public pour évaluer la portée de la liberté d'expression dans les endroits publics.

Même si une majorité de juges ont reconnu le caractère distinct de la propriété publique, cet arrêt dénote une mauvaise compréhension des

29. Voir *supra*, note 13.

30. *Sa Majesté La Reine du chef du Canada c. Comité pour la République du Canada — Committee for the Commonwealth of Canada*, précité, note 27, 165.

31. *Id.*, 154-155. Le juge McLachlin se rallie pour l'essentiel à cette position tout en notant l'existence de « différents genres de propriétés gouvernementales ». Argument fiduciaire en moins, cette approche était également celle qui a été retenue par les juges Hugessen et MacGuigan en Cour d'appel fédérale : « Le gouvernement n'est pas dans la même position qu'un propriétaire privé [...] car il possède ses biens non pas pour son propre bénéfice mais pour celui du citoyen » (*Comité pour la République du Canada — Committee for the Commonwealth of Canada c. La Reine du chef du Canada*, précité, note 13, 77 (j. Hugessen)).

règles du droit administratif et de la théorie du domaine public. Outre le fait que le droit québécois est nettement orienté vers la primauté du droit public aux fins du régime juridique des biens publics, l'approche suivie par la tradition britannique rejoint cette solution en faisant prévaloir des solutions de droit public³². La théorie du domaine public ne repose pas simplement sur quelques particularités (imprescriptibilité, insaisissabilité, immunité fiscale), mais autant, sinon davantage, sur le cadre législatif et réglementaire qui soumet à des contraintes importantes l'utilisation des biens publics (droits des usagers, contrôle budgétaire et financier, entretien, exploitation et protection, règles très contraignantes en matière d'aliénation)³³. L'approche fiduciaire ne peut non plus être retenue puisque la propriété publique est essentiellement constituée de biens meubles et immeubles qui appartiennent en propre à la Couronne et à ses mandataires à titre de personnes morales de droit public ou à d'autres organismes publics³⁴.

32. À ce sujet, D. FOULKES, *Administrative Law*, 6^e éd., Londres, Butterworths, 1986, 477 pages, pp. 164-165, signale que les cours britanniques ont traité dans l'ensemble la question du *public ownership* avec des règles de droit public, notamment dans des affaires portant sur l'exclusion du public de propriétés publiques : *Cinamond v. British Airports Authority*, [1980] 2 All E.R. 368 ; *British Airports Authority v. Ashton*, [1983] 3 All E.R. 6 ; *Hall v. Beckenham Corp.*, [1949] 1 K.B. 716.

33. Voir à ce sujet R. DUSSAULT et L. BORGEAT, *Traité de droit administratif*, t. 2, Québec, PUL, 1986, ch. 1.

34. Les relations fiduciaires sont des obligations de caractère privé qui, en principe et sauf exceptions, n'existent pas en droit public. Dans l'affaire *Guerin*, le juge Dickson a rappelé l'existence de ce principe : « Il nous faut remarquer que, de façon générale, il n'existe d'obligations de fiduciaire que dans le cas d'obligations prenant naissance dans un contexte de droit privé. Les obligations de droit public dont l'acquittement nécessite l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire ne créent normalement aucun rapport fiduciaire [...] on ne prête pas généralement à Sa Majesté la qualité de fiduciaire lorsque celle-ci exerce ses fonctions législatives ou administratives » (*Guerin et autres c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335, 385). Voir également *Bruno c. Sa Majesté la Reine du chef du Canada*, [1991] 2 C.F. 3, 16. Comme le montrent ces deux affaires, il existe toutefois une exception qui fait figure d'archaïsme dans le contexte politique actuel : les obligations de la Couronne envers les autochtones seraient de nature fiduciaire, obligations qui seraient « plutôt de la nature d'une obligation de droit privé » dans le cadre d'un « rapport *sui generis* » entre Sa Majesté et les Indiens. Sur cette obligation fiduciaire de l'État fédéral envers les autochtones, voir également : *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075 ; *Administration régionale Crie et Bill Namagoose c. Robinson*, [1992] 1 C.F. 440. Dans le contexte de l'arrêt *Comité pour la République du Canada*, quelques juges ont néanmoins affirmé que les autorités publiques ne possèdent des biens que pour le bénéfice du public. Aux fins d'une certaine forme de moralité politique, cette position est peut-être admissible. En revanche, en droit public, elle ne repose sur aucun fondement. Outre l'inexistence de la fiducie en droit public, la propriété publique découle directement de nombreuses obligations impératives de source législative et réglementaire qui s'imposent à chaque personne morale de droit public aux fins de l'accomplissement de son

Si cette primauté du droit public est suffisante pour dissiper toute ambiguïté sur le caractère spécifique de la propriété publique, le droit privé n'en est pas pour autant exclu. En effet, le type de possession et de contrôle exercé par les autorités publiques sur leurs biens est de même nature que celui des propriétaires privés en fonction des attributs traditionnels du droit de propriété³⁵. L'exclusivité de leur droit de propriété leur permet donc d'opposer à autrui des normes de portée générale pour l'usage et la conservation du domaine public. En ne retenant que cette seule perspective, les règlements internes d'un parc ou d'une réserve ne nécessiteraient aucune forme d'habilitation législative. Il faut toutefois être prudent puisqu'il est difficile de justifier l'existence de cette réglementation interne sur les seules prérogatives attachées à la qualité de propriétaire. La gestion d'un bien public est souvent indissociable d'une mission de service public tracée par voie législative et réglementaire, tant et si bien qu'une autorité administrative pourrait éprouver de sérieuses difficultés à défendre la légalité de ses règlements internes sur le seul droit de propriété.

Malgré son caractère séduisant, ce rapprochement entre propriété publique et privée n'offre qu'une alternative assez limitée pour analyser le phénomène de la réglementation administrative interne. La difficulté est d'autant plus réelle que l'État ne dispose pas simplement que du *dominium* sur le domaine public, mais également d'autres prérogatives essenti-

mandat. La gestion du domaine public est une fonction administrative qui suppose l'exercice de pouvoirs discrétionnaires. Lorsqu'il existe des devoirs ou des obligations envers le public qui incombent à des autorités administratives, ceux-ci ne peuvent être que de nature statutaire. Dans le cadre d'une interprétation traditionnelle des privilèges et immunités de la Couronne, les obligations de Sa Majesté envers ses « sujets » ne dépassent guère le seuil du minimal, par exemple les devoirs liés à la notion de *parens patriae* : J. CHITTY, *A Treatise on the Law of the Prerogatives of the Crown and the Relative Duties and Rights of the Subject*, Londres, Butterworth, 1820, 411 pages, p. 155. Comme le signale A.E. CURRIE, *Crown and Subject*, Wellington, Legal Publications, 1953, 220 pages, p. 93, « the term [Crown Land] includes land which is held for public purposes, but over which member of the public as such have no rights ». Outre le fait que la Couronne peut, dans certains cas, agir à titre de fiduciaire si elle choisit délibérément de le faire, des obligations de cette nature ne peuvent lui être imposées que par une disposition expresse de la loi (« Trusts and the Property of the Crown » (p. 88)). Dans l'exercice normal de ses compétences et de ses prérogatives, la Couronne n'agit pas à titre de fiduciaire. Dans l'arrêt *Comité pour la République du Canada*, le juge Lamer a invoqué au soutien de l'approche fiduciaire un arrêt de la Cour suprême des États-Unis : *Hague v. Committee for Industrial Organization*, 307 U.S. 496 (1939), en omettant complètement le droit public de tradition britannique...

35. R. DUSSAULT et L. BORGEAT, *op. cit.*, note 33, t. 2, p. 18, ont bien mis en lumière cette dualité : « Si le droit de propriété de l'État sur ses biens ne se distingue pas fondamentalement de celui des particuliers, il n'en possède pas moins des caractéristiques propres. »

lement publiques : l'*imperium*, la souveraineté, la *legislatio*. L'amalgame de ces différents pouvoirs dans les diverses interventions de l'État rend encore plus aléatoire la transposition directe et exclusive d'un cadre privatiste pour analyser les fondements de la normativité administrative. Ce problème risque d'ailleurs de resurgir avec un exemple encore plus éloquent de la normativité privée : le règlement intérieur en droit du travail.

1.2 La dénaturation de la normativité dans le fonctionnement des entreprises

Bien davantage que le droit de propriété, la réalité institutionnelle de l'entreprise permet de saisir les origines et la signification de la normativité interne au sein d'une organisation. Toute entreprise parvenue à un certain degré de complexité par la nature de ses activités et le nombre de ses employés offre plusieurs exemples de règlements internes complétés par des notes, des circulaires et des directives³⁶. La similitude avec le phénomène de la normativité interne en droit administratif est évidente, et même troublante³⁷. En droit positif, le statut juridique du règlement interne en droit du travail recoupe à certains égards le phénomène des règlements internes des institutions administratives puisque ces dernières encadrent leur personnel dans des conditions à peu près similaires. Ces rapports réciproques entre droit du travail et droit administratif doivent donc être clarifiés, ce qui, jusqu'ici, n'a jamais été fait. Pour y parvenir, il est difficile d'échapper à une analyse générale de la normativité interne au sein des entreprises, dimension qui a également été négligée par les juristes se spécialisant au Québec en droit du travail.

Dans le cadre d'une entreprise privée, cette réglementation interne touche tous les aspects du fonctionnement d'une organisation à titre d'unité de production : hygiène et salubrité, sécurité, organisation du travail, police interne de l'établissement, conduite du personnel et discipline. En

36. Déjà, en 1964, J.-R. CARDIN, « Le règlement des différends touchant l'exercice du pouvoir disciplinaire de l'employeur, y compris le renvoi », (1964) 24 *R. du B.* 121-148, 125, signalait que « la plupart sinon la totalité de nos grandes entreprises, ainsi que plusieurs parmi celles de petite ou de moyenne grandeur, possèdent, à différents degrés d'explicitation, des règlements visant à la bonne marche des opérations et prescrivant au personnel certains modes de comportement au travail [...] Ce sont [...] des dispositions réglementaires relatives à l'organisation interne du travail en vue du rendement ordonné de l'entreprise [...] ».

37. Pour un rapprochement entre droit du travail et droit administratif, voir : M. HECQUARD-THÉRON, *Essai sur la notion de réglementation*, Paris, L.G.D.J., 1977, 287 pages, pp. 112-120 ; D. LOSCHAK, « Le pouvoir hiérarchique dans l'entreprise privée et dans l'administration », *Dr. Soc.* 1982, 22-40 ; D. MOCKLE, *Recherches sur les pratiques administratives pararéglementaires*, Paris, L.G.D.J., 1984, 623 pages, pp. 371-377.

dépît de son importance, une telle fonction réglementaire au sein de l'entreprise n'a suscité que peu de réflexions. Il n'existe en droit québécois aucune monographie sur le sujet, ce qui ne peut s'expliquer que par l'occultation du phénomène dans le cadre d'une analyse contractualiste des rapports juridiques au sein de l'entreprise. Cette approche privatiste, avec toutes les distorsions qui en résultent, rend peu lisible une fonction normative dont les manifestations sont du plus grand intérêt pour la théorie de l'acte réglementaire et la conceptualisation des ordres normatifs institutionnels. De prime abord, cette prépondérance du droit privé ne permet pas d'envisager l'exportation de règles propres au droit du travail dans un cadre de droit administratif.

1.2.1 Le phénomène du règlement intérieur d'entreprise

Ces lacunes dans l'étude du règlement intérieur auraient pu être justifiées si la fonction juridique avait été faiblement développée au sein des entreprises québécoises : le rôle marginal des professionnels du droit se répercutant ainsi dans le faible volume de la réglementation interne. Pourtant de nombreux exemples de règlements fort détaillés révèlent que la fonction normative est importante au sein des entreprises privées³⁸. Il en résulte une situation fâcheuse puisque l'encadrement juridique du règlement intérieur est à peu près inexistant, ce qui laisse libre cours à la discrétion de l'employeur dans l'utilisation de ses pouvoirs de direction et de gestion (droit de gérance)³⁹. À moins que la convention collective n'ait

38. Pour les entreprises, ces règlements se présentent souvent sous la forme de petits manuels ou de carnets qui sont remis aux employés au moment de leur embauche. Très répandus dans les secteurs de l'industrie primaire et secondaire, ils atteignent souvent, aux fins de l'hygiène et de la sécurité, un degré considérable d'élaboration et de raffinement. Par exemple, le *Manuel des règlements de sécurité applicable aux employés de Johns-Manville Canada (Asbestos)* présente plus de 300 dispositions. Leurs appellations sont variées : « Code de responsabilité », « Consignes d'éthique et de sécurité », « Code d'éthique », « Manuel des droits et obligations », etc. Dans le domaine des services de santé et des services sociaux, ces codes visent également à aménager les rapports réciproques du personnel et des bénéficiaires.

39. Les nouvelles dispositions du *Code civil du Québec* relatives au contrat de travail reconnaissent explicitement ce pouvoir de direction de l'employeur : « Le contrat de travail est celui par lequel une personne, le salarié, s'oblige, pour un temps limité et moyennant rémunération, à effectuer un travail sous la direction ou le contrôle d'une autre personne, l'employeur » (art. 2085). La formule de l'avant-projet faisait état d'instructions (art. 2144 de l'avant-projet de Code) tout en ne précisant pas leur nature générale ou particulière. L'article 2085 est donc appelé à devenir un fondement important de ce pouvoir directif qui se manifeste, dans l'ordre des prescriptions générales, par des règlements internes, des instructions, des directives, des notes de service. Dans l'avant-projet, l'article 2157 énonçait ceci : « Le contrat de travail peut être complété par des décrets, ordonnances, règlements ou conventions collectives » (cette disposition n'a

prévu des garanties pour baliser ce pouvoir discrétionnaire, la théorie des droits résiduels de l'employeur est invoquée pour justifier l'existence des prérogatives patronales aux fins de la direction de l'entreprise. Cette direction ne se résume pas à la formulation de normes générales et impersonnelles. Elle suppose également des mesures individuelles (ordres et instructions particulières) et des mesures disciplinaires (sanctions). Tout comme en droit public, il existe des actes internes unilatéraux de nature générale ou particulière.

Comme la majorité des salariés au Québec ne sont pas syndiqués, cette absence d'encadrement juridique ouvre donc un champ considérable au pouvoir normatif de l'employeur. Si, par pure hypothèse, son champ d'application était susceptible de se confondre avec le pouvoir disciplinaire du chef d'entreprise, le problème ne serait pas pour autant résolu compte tenu du caractère flou de la notion de discipline en droit du travail. Tout ce qui relève de l'« ordre public » au sein de l'entreprise ou d'une sorte de police générale peut faire l'objet de règlements internes : les fouilles du personnel à l'entrée et à la sortie, l'usage d'une carte d'identité d'entreprise, les consignes d'alerte et d'évacuation, la conservation et l'utilisation de produits dangereux, l'usage des douches et des réfectoires, l'introduction d'appareils photographiques ou d'enregistrements, l'interdiction d'emporter ou d'utiliser pour son propre compte des objets, machines ou matériaux de l'entreprise, l'interdiction des bagarres et des injures, la prohibition de l'alcool et des drogues hallucinogènes au travail, l'interdiction de se déplacer ou de s'absenter sans autorisation, l'énumération de sanctions en cas de retards ou d'absences injustifiées, l'interdiction de siffler ou de chanter, l'utilisation et la protection du matériel, les mesures d'urgence, les exigences médicales, la normalisation de la tenue vestimentaire, le respect de la procédure interne de l'entreprise, l'obéissance aux ordres hiérarchiques, l'obligation de signaler des accidents ou des irrégularités, les règles de procédure pour l'imposition des sanctions, pour ne donner que ces seuls exemples⁴⁰. Le règlement intérieur ne se limite pas à

pas été retenue dans le nouveau Code). De portée très générale, cette disposition projetée n'était qu'un rappel de l'importance d'autres techniques juridiques dans la détermination des conditions de travail, peu importe leur nature bilatérale (conventions collectives) ou unilatérale (la formulation de cet article ne permettait pas d'attribuer une origine exclusivement publique à cette réglementation).

40. En 1964, J.-R. CARDIN, *loc. cit.*, note 36, 126, remarquait, dans certaines entreprises, l'existence de « systèmes disciplinaires complets, détaillés, codifiés » où l'on « y prévoit les infractions en les classifiant par ordre de gravité, les circonstances-types selon lesquelles elles peuvent être commises, ainsi que les sanctions qui y sont attachées ». L'utilisation de systèmes de comptabilisation des mauvaises actions des employés par dossier ou par livret avait également été signalée.

ce domaine un peu flou de la discipline puisqu'il englobe tous les aspects de la vie de l'entreprise : l'hygiène et la salubrité, la sécurité, l'organisation du travail, la répartition des heures de travail, la circulation interne dans les édifices.

Ces exemples permettent de renforcer la notion d'ordre juridique interne puisque leur champ d'application se confond avec les limites spatiales de l'entreprise. D'autres normes dites « internes » sont toutefois susceptibles de contraindre les employés dans leur vie privée en fonction d'un espace normatif qui n'est pas forcément limité à l'entreprise : le contrôle de la correspondance, les procédés cachés d'investigation sur la personne ou sur ses relations, la situation financière et familiale de l'employé, l'obligation de produire des certificats médicaux ou de se soumettre à diverses formes d'examen, la soumission des salariés à l'alcootest, les tests de dépistage pour retracer la consommation de drogues hallucinogènes ou l'existence de MTS, la liberté d'opinion, l'apparence physique et vestimentaire, les fouilles des objets privés (vestiaires, armoires, automobiles, boîtes à lunch), la prohibition de la diffusion de toute forme d'information en provenance de l'entreprise⁴¹, la formulation d'un code d'éthique, etc. Du seul fait que leur caractère interne ne peut se justifier par la seule présence *in situ* des employés, il faut donc recourir à l'idée d'un lien spécial de subordination qui découle du statut de salarié (cette problématique existe également en droit administratif pour analyser le statut juridique des usagers de services publics et des bénéficiaires). Circonscrite à une collectivité particulière (le personnel de l'entreprise), cette normativité interne ne se distingue pas matériellement des normes réglementaires les plus classiques qui visent une collectivité d'individus abstraitement définie en fonction de l'ensemble du territoire national ou provincial (par exemple, les membres d'un ordre professionnel). L'ordre interne ne relève donc pas uniquement de la spatialisation d'un espace normatif limité à des locaux ou à des chaînes de montage. Il suppose une relation spéciale qui permet de réglementer à des fins d'ordre interne des individus en leur qualité de salariés, peu importe leurs déplacements ou leur position dans l'espace.

41. Ce contrôle de l'information est reconnu par le nouvel article 2088 du *Code civil du Québec*. Dans cette perspective de confidentialité, le règlement intérieur ne serait que le prolongement direct d'une disposition législative. Tout comme en droit public, la fonction réglementaire au sein de l'entreprise est appelée de plus en plus à compléter un certain nombre de dispositions législatives. En ce sens, l'application des lois n'est pas un phénomène qui relève exclusivement du droit public. Cette perspective de prolongement de la réglementation publique contribue à appuyer l'idée de l'unité de la technique réglementaire à titre d'expression normale de la normativité au sein de toute institution publique ou privée.

À cet ordre interne, souvent fort contraignant pour le personnel, le droit québécois n'oppose que les garanties générales de la *Charte des droits et libertés de la personne*⁴² et de certaines lois⁴³. Par le jeu de la négociation collective, la rigueur de cette réglementation interne est parfois tempérée par l'accord des parties pour l'incorporer aux termes de la convention collective (directement ou par renvoi) ou, à défaut, pour prévoir des garanties afin de baliser le pouvoir disciplinaire de l'employeur. Faute d'un encadrement direct du législateur en vue de protéger adéquatement les salariés, cette situation ne fait que refléter une approche très déférente à l'égard de la liberté du commerce et de l'entreprise. Cette lacune législative contraste avec l'évolution du droit du travail en France où le règlement intérieur et le pouvoir disciplinaire de l'employeur font désormais l'objet de dispositions législatives. En effet, la *Loi n° 82-689 du 4 août 1982* a permis d'ajouter 13 dispositions au *Code du travail* (art. L.122.33-L.122.45) pour préciser le régime juridique du règlement intérieur et du droit disciplinaire dans les entreprises⁴⁴. Avec les adaptations nécessaires,

42. Si la Charte québécoise permet de censurer des empiétements sur la vie privée ou des atteintes à quelques libertés fondamentales (par exemple, la liberté de conscience ou d'opinion au sein de l'entreprise (art. 3) ou encore la protection contre les fouilles abusives (art. 24.1)), elle est en revanche mal adaptée, de par la généralité même de ses dispositions, aux abus et brimades qui peuvent résulter d'une conception trop extensive de la discipline interne. Ainsi, l'article 5 qui dispose que « [t]oute personne a droit au respect de sa vie privée » soulève plusieurs interrogations quant au pouvoir de l'employeur de procéder à diverses enquêtes ou d'exiger des examens et tests de santé.

43. Pour le régime du contrat individuel de travail, l'article 2087 du *Code civil du Québec* se limite à un simple rappel dont la généralité même n'offre aucune garantie quant à un contrôle effectif du contenu du règlement intérieur : « L'employeur [...] doit prendre les mesures appropriées à la nature du travail, en vue de protéger la santé, la sécurité et la dignité du salarié. » Les dispositions les plus importantes sont les articles 49 et 51 de la *Loi sur la santé et la sécurité du travail*, L.R.Q., c. S-2.1, qui énumèrent les obligations respectives du travailleur et de l'employeur sans toutefois faire allusion à l'existence de normes générales élaborées au sein des entreprises. Dans la perspective d'une interprétation formaliste des pouvoirs de l'employeur, l'article 51 peut être interprété comme lui reconnaissant des obligations et des compétences pour prendre « les mesures nécessaires » à des fins de santé et de sécurité. Cette expression « mesures nécessaires » reste imprécise puisqu'elle peut être interprétée dans le sens de mesures matérielles, ou d'actes juridiques à portée individuelle ou générale.

44. Désormais obligatoire pour les entreprises ou établissements industriels, commerciaux ou agricoles, ainsi que pour les établissements publics à caractère industriel et commercial où sont employés au moins 20 salariés (art. L. 122-33), le règlement intérieur apparaît comme un document écrit dont l'objet porte exclusivement sur l'hygiène et la sécurité, ainsi que sur la discipline (il doit énoncer des droits de la défense pour les salariés) (art. L. 122-34). Il faut notamment retenir l'article L. 122-35 qui dispose que « [l]e règlement intérieur ne peut contenir de clause contraire aux lois et règlements, ainsi qu'aux dispositions des conventions et accords collectifs de travail applicables dans l'entreprise ou l'établissement. Il ne peut apporter aux droits des personnes et aux

cet exemple devrait être suivi en droit québécois. Il est urgent de réintroduire la question des libertés publiques dans les entreprises afin de soumettre le pouvoir réglementaire de l'employeur à un contrôle plus serré⁴⁵. Pour y parvenir, il faudrait que le droit du travail puisse rompre avec le cadre contractualiste et privatiste qui règne actuellement, car c'est là que se situe le nœud du problème.

libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché. Il ne peut comporter de dispositions lésant les salariés dans leur emploi ou leur travail, en raison de leur sexe, de leurs mœurs, de leur situation de famille, de leurs origines, de leurs opinions ou confessions, ou de leur handicap, à capacité professionnelle égale. » En vue de son adoption, le règlement intérieur doit être soumis à l'avis du comité d'entreprise et reste sujet au contrôle de l'inspecteur du travail qui peut à tout moment en exiger le retrait ou des modifications (art. L.122-36 et L.122-37). Les notes de service et autres prescriptions générales sont considérées comme des adjonctions au règlement intérieur (art. L.122-39). Le reste des dispositions apporte des limites au pouvoir disciplinaire de l'employeur : définition de ce qui constitue une sanction (art. L.122-40), respect de la règle *audi alteram partem* pour le salarié (art. L.122-41), interdiction des amendes et des sanctions pécuniaires (art. L.122-42), délai de deux mois pour l'engagement de poursuites disciplinaires contre le salarié et admissibilité des sanctions antérieures (art. L.122-44) et, enfin, prohibition de motifs de sanctions liées à des stéréotypes fréquents en milieu de travail (opinions politiques, activités syndicales, exercice du droit de grève, convictions religieuses, etc.) (art. L.122-45).

45. Même si un employeur ne peut insérer dans les règlements internes des dispositions contraires aux prescriptions législatives et réglementaires, un tel pouvoir réglementaire, par son étendue et ses conséquences sur les libertés publiques, devient complètement exorbitant dès lors qu'il est exercé par une autorité privée agissant dans un cadre de pur droit privé, et ce, en l'absence d'un contrôle de légalité et de proportionnalité. Pour le droit du travail au Québec, c'est une situation anachronique. Pour en savoir davantage sur l'évolution du droit du travail en France durant la dernière décennie, voir : G. LYON-CAEN, « Du nouveau sur le règlement intérieur et la discipline dans l'entreprise », *D.* 1983, 7-10 ; J.-L. VIRFOLET, « Le droit disciplinaire dans l'entreprise », *A.L.D.* 1983, 10-14 ; F. VENNIN, « L'aménagement du pouvoir disciplinaire de l'employeur », *Dr. Soc.* 1983, 486-493 ; B. SOINNE, « Le contenu du pouvoir normatif de l'employeur », *Dr. Soc.* 1983, 509-519 ; A. JEAMMAUD, « Les contrôles de la légalité du règlement intérieur », *Dr. Soc.* 1983, 520-532 ; J. PELISSIER, « La définition des sanctions disciplinaires », *Dr. Soc.* 1983, 545-551 ; G. BACHELIER, « Le contrôle du juge administratif sur le règlement intérieur des entreprises », *Dr. Soc.* 1988, 785-794 ; A. JEAMMAUD, « Séparation des pouvoirs et action en nullité de dispositions du règlement intérieur », *Dr. Soc.* 1985, 479-482 ; D. CHELLE et X. PRÉTOT, « Le contrôle administratif du règlement intérieur de l'entreprise », *A.J.D.A.* 1989, 203-220 ; J.-M. BÉRAUD, « La discipline dans l'entreprise », *Les transformations du droit du travail (Mélanges G. Lyon-Caen)*, Paris, Dalloz, 1989, 381-393 ; P. WAQUET, « Le contrôle du règlement intérieur », *A.J.D.A.* 1991, 590-595 ; M. VERICEL, « Sur le pouvoir normateur de l'entreprise », *Dr. Soc.* 1991, 120-125 ; J. SAVATIER, « Règlement intérieur et délai de prescription des poursuites disciplinaires », *Dr. Soc.* 1992, 24-27 ; A. SUPIOT, « La réglementation patronale de l'entreprise », *Dr. Soc.* 1992, 215-226.

1.2.2 La négation de la dimension privée de la réglementation

Largement dominé par une conception subjective des rapports juridiques dans sa classification des obligations⁴⁶, le droit civil repose en grande partie sur l'idée que deux personnes ne peuvent s'obliger mutuellement que moyennant leur consentement et leur adhésion réciproques⁴⁷. Dans sa définition classique, l'obligation est conçue comme un lien strictement personnel entre deux personnes dont les rapports réciproques se nouent dans le cadre stéréotypé de la relation créancier-débiteur⁴⁸. Même si une conception objective de l'obligation progresse lentement⁴⁹, elle n'est admise que pour des relations entre deux personnes (ou un petit groupe restreint) au détriment de la dimension collective de l'unilatéralité. C'est ici que le bât blesse car la dimension institutionnelle reste absente de la conception personnaliste et individualiste qui domine la théorie des obligations. L'existence de personnes morales ne modifie pas cette préférence plus ou moins exclusive pour la valeur de l'engagement personnel et l'autonomie de la volonté. Le droit du travail en est une bonne illustration puisque les rapports juridiques au sein de l'entreprise se résument à l'utilisation de la technique contractuelle : le contrat d'emploi et, le cas échéant, la convention collective entre un employeur et une association de salariés. Dans cette perspective, toute manifestation d'un pouvoir du type institutionnel (à titre d'exemples, le pouvoir de direction et le pouvoir discipli-

46. En dépit des obligations qui naissent de la responsabilité civile, la théorie générale des obligations est nettement orientée vers la primauté des obligations du type contractuel ou quasi contractuel, celles du type unilatéral n'ayant, à toutes fins utiles, qu'une place marginale. Pour de nombreux privatistes, l'obligation unilatérale n'est admise que pour « [d]es obligations qui résultent de l'opération de la loi seule » (C. c. B.C., art. 1057) dans la perspective d'une énumération qui semble n'avoir qu'un caractère secondaire : « Les obligations naissent, en certain cas, de l'opération seule et directe de la loi, sans qu'il intervienne aucun acte, et indépendamment de la volonté de la personne obligée, ou de celle en faveur de qui l'obligation est imposée. » Au Québec, cette disposition a contribué à accréditer l'idée que toute modification unilatérale ne pouvait provenir que de la loi. Sur le plan des principes, l'idée même de l'unilatéralité semble abandonnée par le nouveau Code civil : « L'obligation naît du contrat et de tout acte ou fait auquel la loi attache d'autorité les effets d'une obligation » (C. c. Q., art. 1372). Faut-il en conclure que l'obligation se réduit désormais à des contrats et quasi-contrats, ainsi qu'à des délits et quasi-délits ? La prudence reste toutefois de rigueur car d'autres dispositions du Code offrent des exemples d'actes unilatéraux laissés à la discrétion de parties privées, d'où la nécessité de faire une distinction essentielle entre les actes et les obligations.

47. Sur les orientations générales de la théorie des obligations, voir l'introduction de l'ouvrage de J.-L. BAUDOUIN, *op. cit.*, note 11, pp. 31-46.

48. Le droit romain définissait l'*obligatio* comme un lien de droit entre deux sujets, cette relation étant entendue comme un lien d'assujettissement d'une personne à une autre. Elle deviendra par la suite ce rapport entre un débiteur et un créancier : G. PRIER, « Obligation », *A.P.D.* 1990, t. 35, 221-231, 223.

49. M. TANCELIN, *op. cit.*, note 11, p. 207.

naire) ne pourrait que découler de l'engagement réciproque des parties par le jeu de l'acceptation et de la négociation (individuelle ou collective).

Dans ce contexte, affirmer l'objet privé de la réglementation comme expression de l'autonomie institutionnelle d'une entreprise privée, c'est évoquer inévitablement une dimension à peu près absente des ouvrages de droit du travail au Québec. Même si la doctrine n'a manifesté aucun intérêt envers les fondements juridiques du règlement intérieur, cette question refait surface dans le cadre des rares travaux consacrés aux fondements du pouvoir disciplinaire de l'employeur. Comme les notions de discipline et de réglementation n'existent pas pour le droit civil, toute manifestation d'autorité (direction, discipline, réglementation) est confusément associée à la soumission volontaire du salarié dans le cadre du contrat de travail, peu importe que l'entente soit individuelle ou collective.

1.2.2.1 La prépondérance de la thèse contractuelle

Dans leur recherche des fondements du pouvoir disciplinaire de l'employeur, les juristes, ainsi que les spécialistes du travail industriel, n'ont guère été sensibles à la dimension institutionnelle et réglementaire de ce pouvoir répressif. Parmi les rares auteurs qui n'ont pas retenu la thèse contractuelle pour élucider le fondement de l'autorité au sein de l'entreprise, G. Dion a été de ceux qui ont rejeté l'idée que les droits de gérance de l'employeur puissent se déduire du droit de propriété en vue d'offrir une approche qui n'était pas très éloignée de la dimension institutionnelle⁵⁰. En affirmant la finalité sociale de l'entreprise qui s'organise autour du « bien commun » (l'inspiration chrétienne, non explicite, n'en était pas moins manifeste puisque cette approche prolongeait la notion médiévale de *utilitas communis* qui a joué un grand rôle en droit public), il faisait prévaloir en 1960 la dimension organisationnelle dans la réalisation d'un objectif commun pour expliquer le fondement de l'autorité⁵¹. Le caractère unilatéral du pouvoir réglementaire et disciplinaire de l'employeur a été explicitement reconnu par J.-R. Cardin peu de temps après. Il notait déjà que « ce pouvoir réglementaire et disciplinaire [...] exprimé par les règlements d'atelier et les systèmes de discipline, a été traditionnellement analysé par la jurisprudence québécoise [*sic*] comme faisant partie des

50. « Le pouvoir sur les hommes ne peut prendre son fondement dans la propriété des choses. Il y aurait, en effet, abus et scandale, retour à une forme antique d'esclavage ou de servage. En vendant un domaine, on transmettrait alors au nouveau propriétaire un pouvoir sur les paysans attachés à cette terre. Sans doute, n'en est-on plus là » : G. DION, « Propriété, responsabilité et droits de la gérance », dans CONGRÈS DES RELATIONS INDUSTRIELLES DE L'UNIVERSITÉ LAVAL, *Droits de gérance et changements technologiques*, Québec, PUL, 1960, pp. 30-55, à la page 43.

51. *Id.*, 43 et 49.

droits de l'employeur en vertu du contrat individuel de travail et de l'autorité dont il est investi à l'égard du salarié en raison du principe de la subordination⁵² ». À cette thèse communément répandue, il opposait « une conception statutaire et réglementaire⁵³ » qui ne semble pas avoir eu beaucoup d'échos si l'on en juge par l'évolution ultérieure des réflexions sur le sujet.

Dans leur analyse du cadre juridique de la discipline industrielle, la grande majorité des auteurs se fondent exclusivement sur le contrat individuel de travail pour affirmer que « l'employeur [...] est créancier d'une obligation contractuelle lui conférant un pouvoir de direction sur sa main-d'œuvre⁵⁴ ». Pour l'employé, il en résulte un devoir d'obéissance qui découle de la subordination juridique propre au contrat de travail⁵⁵. Le respect des directives de l'employeur relève des engagements liés au contrat d'emploi⁵⁶. Les auteurs ont fréquemment invoqué l'article 1024 du *Code civil du Bas Canada*⁵⁷ pour en déduire plusieurs obligations qui découlent de la nature même du contrat, par exemple l'obligation de civilité envers les supérieurs hiérarchiques et le reste du personnel⁵⁸. Dans l'une des rares études consacrées aux fondements civils du pouvoir disciplinaire de l'employeur, M.-F. Bich ne rompt pas avec ce cadre contractuel pour en

-
52. J.-R. CARDIN, *loc. cit.*, note 36, 126. La pratique arbitrale de l'époque démentait cette approche contractualiste car la faute disciplinaire y était appréhendée comme « une dérogation aux « lois » internes de l'entreprise promulguées par le patron en vertu de son « autorité » comme dirigeant d'une « communauté de travail » » (p. 132).
53. *Id.*, 126: « Si le règlement intérieur est encore chez nous la source par excellence du pouvoir disciplinaire de l'employeur, il faut bien dire [...] que ce n'est pas dû à son assimilation au contrat de travail, mais bien en vertu des droits de direction conférés à l'employeur par la nature même de l'entreprise, laquelle à l'instar de toute société humaine, réclame une autorité capable de lui faire atteindre les fins qui lui sont assignées ».
54. C. D'AOUST, L. LECLERC et G. TRUDEAU, *Les mesures disciplinaires : étude jurisprudentielle et doctrinale*, Montréal, École des relations industrielles, 1982, 484 pages, p. 47.
55. « En vertu du contrat individuel de travail, tout salarié se trouve en effet subordonné à son employeur dans l'exécution de son travail puisque la subordination juridique constitue le critère distinctif de ce contrat » : C. D'AOUST et G. TRUDEAU, *L'obligation d'obéir et ses limites dans la jurisprudence arbitrale québécoise*, Montréal, École de relations industrielles de l'Université de Montréal, 1979, 62 pages, p. 15.
56. A.E. AUST, *Le contrat d'emploi*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1988, 235 pages, p. 94.
57. C. c. B.C. art. 1024: « Les obligations d'un contrat s'étendent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les conséquences qui en découlent, d'après sa nature, et suivant l'équité, l'usage ou la loi. »
58. C. D'AOUST, S. ST-JEAN et G. TRUDEAU, « L'obligation de civilité du salarié », *Relations industrielles*, vol. 41, n° 1, 1986, p. 157.

attribuer les origines à la notion d'usage et de pratique établie (la réalité du travail dans l'entreprise) au sens où l'entend l'article 1024⁵⁹. Son approche projette un éclairage intéressant sur l'étroitesse du cadre dans lequel évolue le droit civil. En effet, au terme de son analyse, elle est conduite à retenir l'analyse contractuelle puisque aucune structure juridique civile ne correspond au phénomène du pouvoir disciplinaire, ni ne se rapproche de la thèse institutionnelle, laquelle reste « étrangère à l'approche civile classique⁶⁰ ». Le droit civil bute ainsi sur ses propres limites puisqu'il reste en grande partie fermé à certaines catégories fondamentales du droit : les obligations objectives, l'unilatéralité, la réglementation, les normes disciplinaires⁶¹. Seul le cloisonnement trop étanche entre droit civil et droit public, conçus comme des réalités étrangères l'une à l'autre, explique cet oubli de techniques juridiques élémentaires qui transcendent tous les champs du droit.

59. « [L']article 1024 C.c., et particulièrement le concept d'usage, nous semblent offrir à la fois l'explication la plus convaincante du pouvoir disciplinaire et le fondement le plus solide de celui-ci » : M.-F. BICH, « Le pouvoir disciplinaire de l'employeur — fondements civils », (1988) 22 *R.J.T.* 85-105, 104. Cette approche contractualiste ne fait pas toutefois unanimité en droit du travail puisque F. Morin affirme, sur le plan des principes, qu'« il devient de plus en plus inacceptable et insatisfaisant d'expliquer l'entreprise strictement par la propriété et les contrats ». Sans pour autant adhérer à l'analyse institutionnelle de l'entreprise, il livre néanmoins d'intéressantes réflexions sur la notion d'entreprise : F. MORIN « Rapports collectifs du travail », 2^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1991, 831 pages, pp. 87-89.

60. *Id.*, 89. Ce débat sur le fondement juridique du pouvoir disciplinaire ne permet pas de résoudre les interrogations qui subsistent sur la nature juridique du règlement intérieur. Sur ce point, l'approche contractuelle est vivement critiquée par les institutionnalistes qui affirment, comme en témoigne l'ouvrage de B. SOINNE, *L'analyse juridique du règlement intérieur d'entreprise*, Paris, L.G.D.J., 1970, 208 pages, p. 159, que : « [l]a thèse contractuelle du règlement intérieur, peut-être encore valable en droit, apparaît sociologiquement totalement dépassée [...] Le règlement est le support d'un pouvoir disciplinaire qui manifeste l'existence de l'entreprise considérée comme une institution. Le règlement présente donc une nature réglementaire. »

61. Pour être conforme aux orientations d'une certaine dogmatique juridique, cette position n'a jamais recueilli l'adhésion unanime des privatistes comme en témoigne la forte dissidence de A. LÉGAL et J. BRETHER DE LA GRESSAYE, *Le pouvoir disciplinaire dans les institutions privées*, Paris, Sirey, 1938, 537 pages, notamment pp. 21-48, qui se prononcent en faveur de l'origine institutionnelle du pouvoir disciplinaire dans les institutions privées. Ils affirment que « la théorie de l'institution [montrent] que les collectivités vivent une existence juridique qui leur est propre, ont un droit collectif ou institutionnel, étranger au droit contractuel, accomplissent des actes qui ne se ramènent pas au contrat, et que ces caractères distinctifs se retrouvent aussi bien dans les institutions privées, comme l'association ou le syndicat, que dans les institutions publiques, l'État, l'Administration » (p. 23).

Aux fins de notre étude, ce débat sur le fondement du pouvoir disciplinaire dans l'entreprise privée ne nécessite pas une réponse définitive⁶² puisque le règlement intérieur est une notion qui ne doit pas être confondue avec les questions de discipline. Au fil des monographies consacrées aux problèmes d'autorité et d'obéissance au sein des entreprises, la confusion est trop visible pour échapper à l'attention⁶³. L'importance du phénomène

-
62. Par une sorte de dépit, certains auteurs ont tendance à éluder cette opposition entre l'analyse institutionnelle et contractuelle pour affirmer que, peu importe la justification, le salarié doit se soumettre : « Que son devoir soit contractuel ou institutionnel, le salarié doit obéir au chef d'entreprise » (C. D'Aoust et G. Trudeau, *op. cit.*, note 55, p. 16.) C'est un mauvais expédient car l'admission du caractère unilatéral et institutionnel est davantage susceptible de faire progresser la situation. En effet, l'unilatéralité, comme le droit public en offre tant d'exemples, suppose des garanties pour en baliser l'exercice. Tout acte unilatéral, peu importe qu'il soit à portée générale ou individuelle, doit répondre, aux fins de sa validité et de son opposabilité, de l'accomplissement de formalités dont le but est de protéger le public : publicité, procédure, compétence de l'auteur de l'acte, etc. Ces garanties résultent habituellement d'une intervention législative ou de principes formulés par le juge (équité procédurale). Les pouvoirs réglementaire et disciplinaire de l'employeur, qui échappent encore largement à un contrôle adéquat en droit québécois, seraient ainsi mieux balisés pour en diminuer le caractère exorbitant. Avec le seul contrat d'emploi, ou encore les clauses dites de direction insérées dans les conventions collectives, lesquelles permettent à l'employeur d'élaborer en toute quiétude des règlements d'atelier et des règles disciplinaires, le salarié ne dispose d'aucune garantie sérieuse quant au contenu et au mode d'élaboration de ces normes internes. À condition d'être syndiqué, il pourra éventuellement contester par la procédure de griefs les décisions prises par la direction. La pratique actuelle montre que les syndicats reconnaissent ce pouvoir unilatéral de l'employeur afin de ne pas s'y associer. La réalité du pouvoir disciplinaire échappe donc à peu près complètement au contrôle préalable des salariés, ne serait-ce que pour mesurer le caractère raisonnable et approprié des infractions disciplinaires. Dans cette perspective, la thèse contractuelle ne correspond pas à une analyse lucide de la réalité socio-institutionnelle de l'entreprise. Ce qui est toutefois plus préoccupant, c'est qu'elle ne permet pas de réintroduire à sa juste dimension la question des libertés publiques au sein de l'entreprise.
63. Dans l'abondante littérature consacrée au pouvoir disciplinaire dans les entreprises, le droit français n'échappe pas à cette confusion liée au caractère éminemment contentieux du droit du travail ; ce dernier est trop souvent réduit au seul droit créé par un litige à l'occasion de la rupture du contrat d'emploi. Avant même la réforme de 1982, le contenu disciplinaire du règlement intérieur a favorisé de nombreux développements sur le pouvoir réglementaire de l'employeur : J. HUGUENY, « Le pouvoir disciplinaire du chef d'entreprise », thèse de doctorat, Paris, Université de Paris, 1948, 305 pages ; T. GIVORD, « Le pouvoir disciplinaire du chef d'entreprise en face des conventions collectives et des statuts du personnel », thèse de doctorat, Grenoble, Université de Grenoble, 1962, 229 pages ; S. LESENECHAL, « Recherches sur le droit disciplinaire du travail », thèse de doctorat, Paris, Université Paris II, 1970, 385 pages, pp. 13-56 ; M. COHEN, « Le règlement intérieur et le pouvoir disciplinaire du chef d'entreprise », *Dr. Soc.* 1980, 165-172. Il faut néanmoins remarquer que la nature juridique du règlement intérieur a retenu l'attention des juristes français dès le siècle dernier (tout comme en droit administratif la nature juridique des circulaires et instructions). Parmi les travaux

disciplinaire en droit du travail, de même que la formulation de nombreuses normes disciplinaires dans des règlements internes, explique en grande partie cette association plus ou moins exclusive entre normes et discipline. La normativité interne n'en déborde pas moins cette réalité pour englober tout ce qui relève de l'organisation et du fonctionnement de l'entreprise, notamment le mode de production, la procédure interne, l'organisation de la vie communautaire, l'hygiène et la sécurité.

Dans l'analyse de cette réglementation interne, la thèse contractuelle s'essouffle rapidement puisque la plupart des auteurs oublient un fait essentiel : dans certains domaines, notamment la sécurité et l'hygiène, ces règlements internes s'appliquent à toute personne présente dans les lieux de l'entreprise. Le visiteur, peu importe que ce soit un inspecteur, un conseiller scientifique, un client potentiel, un travailleur au service d'une autre entreprise⁶⁴, un agent immobilier, un professeur accompagné d'une classe d'enfants à l'occasion d'une visite d'entreprise, doit se soumettre impérativement aux normes de sécurité sans qu'on puisse alléguer l'existence d'un contrat ou l'achat d'un billet. Pour les visiteurs, la violation de ces normes est généralement invoquée pour dénier toute forme de responsabilité en cas d'accidents. Le juriste qui fonctionne exclusivement avec des schémas de droit privé n'aura dès lors, pour seule alternative, que le droit de propriété. Mais ici encore, cet argument ne peut apporter une explication globale puisque cette réglementation interne n'a pas pour objet la préservation et la conservation de la chose⁶⁵. En dernière analyse, il faudrait invoquer le droit de normaliser la conduite des visiteurs afin de les protéger des atteintes néfastes de la chose. Mais dans la mesure où une entreprise n'est pas une réalité purement matérielle et que l'employeur ne

consacrés au règlement intérieur comme tel, doivent être signalés : H. GAZIN, « De la nature juridique des règlements de travail », thèse de doctorat, Paris, Université de Paris, 1913, 225 pages ; A. DAUNER, « Du règlement d'atelier », thèse de doctorat, Paris, Université de Paris, 1949, 223 pages ; G. LYON-CAEN, « Une anomalie juridique : le règlement intérieur », *D.* 1969, 247-250 ; B. SOINNE, *op. cit.*, note 60 ; J. RIVERO, « Note sur le règlement intérieur », *Dr. Soc.* 1979, 1-6 ; J. PELISSIER, « Le règlement intérieur et les notes de service », *Dr. Soc.* 1982, 75-82. La thèse institutionnelle et réglementaire qui dominait déjà largement la plupart de ces études se trouve désormais confirmée par la réforme du 4 août 1982. Pour une bonne synthèse sur le règlement intérieur, voir Y. CHALARON, « Règlement intérieur et notes de service », *Dalloz*, Répertoire de droit du travail, t. 4, 1988.

64. Les employés d'une autre entreprise qui effectuent des travaux de livraison, ou encore ceux qui accomplissent des travaux de réparation ou de construction pour le compte d'une autre société, se trouvent assujettis, du seul fait de leur présence dans les lieux, aux normes internes de sécurité.
65. Voir, *supra*, les développements sur l'exclusion et le contrôle aux fins de l'exercice du droit de propriété.

dispose pas d'un droit de propriété sur les salariés, le droit d'exclusivité attaché à la qualité de propriétaire n'offre pas une alternative globale aux limites de la thèse contractuelle. Dans sa conception classique, le droit civil ne repose pas sur des prémisses qui permettent de résoudre facilement la question des fondements de la normativité dite privée. Dans le cadre d'une conception libérale et anthropomorphique des rapports juridiques, c'est en fait la dimension organisationnelle et institutionnelle des rapports sociaux qui lui échappe en grande partie⁶⁶.

1.2.2.2 La nature institutionnelle de la normativité

À titre de pratique normative, le règlement intérieur, tout comme l'acte réglementaire en droit public, ne se différencie pas matériellement de la loi⁶⁷. Tout comme cette dernière, il présente ce caractère d'abstraction, de généralité et d'impersonnalité qui a permis de dégager une conception objective de la législation et de la réglementation en droit public. Pour des raisons purement politiques et historiques, cette normativité du type unilatéral a été monopolisée dans les pays de tradition britannique par un organe de l'État, le Parlement, au détriment de son affirmation presque naturelle dans le cadre des fonctions exécutives et administratives. Il en est résulté une confusion malheureuse entre la législation et la réglementation publique, ce qui a nui considérablement au développement d'une théorie cohérente de la fonction réglementaire à titre de mode privilégié de l'action administrative. C'est ce qui explique que la dimension institutionnelle ait été perdue de vue au profit d'une conception purement formelle : la « législation déléguée ». Cette conception occulte en grande partie le rôle et les origines de la réglementation au sein des ensembles hiérarchisés et struc-

66. Par droit civil, il faut comprendre surtout le droit québécois puisque le droit français vient d'amorcer un virage significatif. En effet, dans une affaire en date du 25 septembre 1991, « Société Unigrains c. Mme Geffroy », *A.J.D.A.* 1992, 94 (Note X. Prétot), la Cour de cassation (chambre sociale) a reconnu explicitement que le règlement intérieur adopté en vertu des articles L.122-33 et suivants du *Code du travail* (*supra*, note 44) « constitue un acte réglementaire de droit privé », ce qui confirme la position largement majoritaire de la doctrine à ce sujet. Il ne faut toutefois pas perdre de vue que la Cour de cassation a été conduite à adopter cette position en fonction de dispositions législatives qui laissaient clairement présager une solution de ce type. En comparaison, le droit québécois ne dispose pas d'un cadre législatif qui permettrait de retenir une solution semblable. L'utilisation d'une grille d'analyse fondée à peu près exclusivement sur les dispositions du nouveau *Code civil du Québec* rend improbable une explication du type réglementaire.

67. B. SOINNE, *op. cit.*, note 60, p. 3 : « La conception réglementaire considère le règlement intérieur comme une loi au sens matériel, c'est-à-dire comme une règle générale et permanente [...] Le chef d'entreprise est le législateur naturel de la société professionnelle [...] ».

turés qui reposent sur une division des tâches et une spécialisation des fonctions. La réglementation est d'abord et avant tout un phénomène institutionnel qui ne dépend pas du caractère public ou privé de l'organe qui en est à l'origine. Le fait que l'État se soit affirmé comme l'institution par excellence pour réserver à la fonction législative ce monopole théorique de la normativité a privé les juristes des éléments nécessaires pour dégager une théorie globale de la réglementation. Cette exclusivité, importante pour la généalogie du droit public, ne conserve désormais qu'un intérêt secondaire puisque la multiplication des institutions administratives et la diversification de la normativité réintroduisent avec acuité la dimension institutionnelle dans la production normative de l'État.

Alors que le droit administratif évolue lentement vers une théorie de l'Administration et des fonctions administratives, le droit du travail ne manifeste encore que peu d'ouverture à l'égard d'une théorie générale de l'entreprise à titre de système⁶⁸. À l'instar des institutions administratives, l'entreprise projette une image de « complexité organisée » qui doit répondre à des impératifs de structuration, d'organisation et de régulation de son fonctionnement interne⁶⁹. D'importance majeure dans la pensée scientifique contemporaine, cette approche systémique et organisationnelle

68. Depuis 1961, les problèmes liés à la vente des entreprises dans la perspective du prolongement des conventions collectives des accréditations et des contrats individuels de travail ont été à l'origine de développements susceptibles de favoriser une reconnaissance de la dimension institutionnelle en droit du travail : article 45 du *Code du travail*, L.R.Q., c. C-27. Voir également, l'article 2097 du *Code civil du Québec* qui dispose que « [l']aliénation de l'entreprise ou la modification de sa structure juridique par fusion ou autrement, ne met pas fin au contrat de travail ». Cette disposition reflète une évolution jurisprudentielle sur la question : *Syndicat national des employés de la Commission scolaire régionale de l'Outaouais (CSN) c. Union des employés de service, local 298 (FTQ)*, [1988] 2 R.C.S. 1048. Voir notamment la définition de l'entreprise à titre d'« ensemble organisé » proposée par le juge Beetz (p. 1105). Cette définition reste assez rudimentaire en comparaison de celles offertes par la théorie des organisations et la pensée institutionnaliste. Cette prudence reflète la perplexité des juristes entre les notions d'employeur et d'entreprise ; F. MORIN, *op. cit.*, note 59, p. 86.

69. Sur la théorie de l'entreprise, ainsi que sur l'entreprise en tant qu'organisation et système, voir P. DURAND et R. JAUSSAUD, *Traité de droit du travail*, t. 1, Paris, Dalloz, 1947, 587 pages, n^{os} 335-339. L'origine allemande de cette théorie est explicitement reconnue dans cet ouvrage par un rapprochement avec la notion d'établissement en droit allemand, ce qui ouvre des perspectives intéressantes puisque la notion d'établissement a été de première importance pour l'élaboration du droit administratif allemand (Otto Mayer). Sur la théorie de l'entreprise en droit français, voir également : M. DESPAX, *L'entreprise et le droit*, Paris, L.G.D.J., 1957, 443 pages ; N. CATALA, *L'entreprise*, Paris, Dalloz, 1980, 1292 pages, notamment pp. 123-176 ; E. HARLÉ et J.-D. JOUANNEAULT, *L'entreprise en tant que Système*, 2^e éd., Lyon, Presses universitaires de Lyon, 1983, 410 pages. *Contra* : G. et A. LYON-CAEN, « La doctrine de l'entreprise », dans *Dix ans de droit de l'entreprise*, Paris, Librairies techniques, 1978, pp. 599-621.

permet de suivre différents processus d'institutionnalisation dans la vie des entreprises : spécialisation et hiérarchisation des fonctions, apparition d'une régulation formelle par des organes de direction et de contrôle, complexification des structures de gestion, formalisation croissante de la procédure et des normes. À titre de groupement de droit privé, l'entreprise, au rythme de sa croissance, suit inévitablement un processus d'institutionnalisation dont les manifestations sont en tous points assimilables ou comparables à celles qui caractérisent le développement des organisations publiques : élaboration de critères objectifs dans la sélection du personnel et la répartition des tâches, formulation de normes de production et de standards de qualité, établissement de sanctions disciplinaires pour corriger des lacunes ou des comportements incompatibles avec les besoins de l'organisation, adoption de règles indispensables pour l'organisation du travail (évaluation et traitement des dossiers, utilisation des locaux, gestion comptable, impératifs de sécurité et d'hygiène, etc.). Ces diverses manifestations se traduisent souvent par l'élaboration de formalités procédurales, lesquelles sont vraiment typiques de tout phénomène bureaucratique.

Dans le cadre d'une entreprise divisée par directions et services, la normativité acquiert ainsi une coloration institutionnelle inhérente au développement de toute organisation orientée vers un mode de production. L'entreprise n'est pas une somme d'individus ou une collection de contrats individuels de travail, mais bien un système de production qui ne serait guère viable sans l'affirmation de fonctions administratives, au premier rang desquelles figure la normativité. Toute collectivité organisée suppose l'utilisation d'un minimum de techniques juridiques pour assurer sa cohésion institutionnelle. Dans un système du type bureaucratique, cette cohésion ne peut être atteinte que par l'abstraction et la généralité de la règle, laquelle permet d'imposer une standardisation objective des comportements et des modes de gestion. Avant même d'être un phénomène étatique, la norme unilatérale de portée générale apparaît comme une manifestation institutionnelle du type primaire. Peu importe qu'il s'agisse du personnel, des visiteurs, des adhérents, des usagers, une multitude de situations requièrent l'élaboration d'un texte permanent en vue de son application à une quantité indéterminée de personnes susceptibles de se retrouver dans la situation réglementée. Cette application ne dépend pas uniquement de la présence des intéressés au sein de l'institution (c'est la dimension territoriale). Dans bien des domaines, elle dépasse les simples limites spatiales de l'institution par le jeu de l'appartenance et de l'affiliation. Pour répondre aux exigences « internes » de l'organisation, le personnel ainsi que des tiers désireux d'établir une relation quelconque aux fins d'une adhésion, d'un contrat ou d'une embauche doivent fréquemment se

soumettre à des contraintes « externes ». Privées de leur dimension purement domaniale, ces normes internes acquièrent ainsi toutes les caractéristiques de l'acte unilatéral réglementaire destiné à un groupe abstraitement défini. Dans l'ordre des catégories juridiques, la réglementation s'impose avant tout comme un phénomène de nature institutionnelle dont les manifestations ne dépendent pas forcément d'un mode formel d'attribution de compétences relevant de la volonté du législateur. En ce sens, la dimension communautaire et collective de l'entreprise en fait d'abord et avant tout un phénomène normatif. L'analyse institutionnelle a ainsi le mérite de montrer cette étroite filiation entre la réglementation et la dynamique organisationnelle, ce qui permet d'affirmer, encore une fois, l'essence institutionnelle de la réglementation⁷⁰.

1.2.3 L'approche statutaire du droit administratif

Dans le cadre du fonctionnement des institutions administratives, cette approche institutionnelle et « réglementaire⁷¹ » est confirmée par le droit positif. En droit administratif, il s'agit en effet d'un cadre statutaire dans tous les sens du terme : statutaire par l'importance des dispositions législatives et réglementaires qui sont à l'origine de ces règlements internes, et également statutaire du fait que le personnel relève majoritairement des règles qui déterminent le statut juridique de la fonction publique. Alors qu'en droit du travail on hésite encore à parler du statut de salarié, les droits et obligations des agents et fonctionnaires de l'État doivent être analysés comme un statut⁷².

Sans qu'on puisse invoquer cet argument de façon globale et systématique, il existe habituellement une disposition législative qui offre explicitement la faculté de formuler des règlements internes au sein des institutions administratives dotées d'une personnalité juridique distincte⁷³. De telles règles de régie interne apparaissent comme la contrepartie publi-

70. M. HECQUARD-THÉRON, *op. cit.*, note 37, p. 132. Sur la théorie institutionnelle, se reporter aux travaux de J. CHEVALLIER, notamment « L'analyse institutionnelle », dans *Éléments d'analyse politique*, Paris, PUF, 1985, 179-237.

71. Sur la diversité des interventions réglementaires des autorités publiques, voir *infra*, note 126.

72. Dans l'affaire *Labrecque*, le juge Beetz s'est bien gardé de retenir une position de principe à ce sujet pour se limiter uniquement aux conditions d'embauche des employés occasionnels dans la fonction publique : « je n'ai pas l'intention d'endosser quelque théorie globale que ce soit applicable à toutes les catégories de fonctionnaires [...] Il serait peu judicieux et même imprudent de se prononcer sur le statut des fonctionnaires de tous ordres à l'occasion d'une affaire où il est question d'un fonctionnaire occasionnel [...] totalement soustrait au régime qui régit l'ensemble des fonctionnaires » : *Le procureur général de la province de Québec c. Labrecque*, [1980] 2 R.C.S. 1057, 1081.

73. Voir, *infra*, les développements consacrés au droit public.

que des règlements intérieurs des entreprises privées ; ces deux catégories ne peuvent toutefois être confondues puisqu'en droit administratif les normes internes remplissent d'autres fonctions inconnues en droit privé : relations interinstitutionnelles au sein de l'appareil d'État, formulation de politiques générales du type pararéglementaire, normes prédécisionnelles. Si les règlements internes sont des normes internes, il est impossible d'affirmer l'inverse puisque la normativité interne est un phénomène beaucoup plus complexe. Pour les règlements ou règles internes nommément désignés comme tels par le législateur, le pouvoir de direction du ministre ou du sous-ministre, ou encore du dirigeant d'organisme, peut être invoqué faute de dispositions expresses pour formuler de telles règles⁷⁴, ce qui offre une autre possibilité de rapprochement avec le droit du travail en fonction du droit de gérance. Avec le nouvel article 2085 du *Code civil du Québec* sur les pouvoirs de direction et de contrôle de l'employeur, il est possible également de faire prévaloir des arguments de texte en droit du travail pour l'origine d'un tel pouvoir. Le pouvoir disciplinaire de l'employeur ne présente pas toutefois les mêmes fondements en droit public. La fonction publique relève d'un cadre statutaire afin d'expliquer les sources de l'obéissance hiérarchique et de la discipline⁷⁵. La *Loi sur la fonction publique* est complétée par le *Règlement sur les normes de conduite et de discipline*⁷⁶. Ce régime ne vise pas cependant toutes les catégories de personnel dans le secteur public. Pour de nombreux organismes autonomes et sociétés d'État, le personnel n'est pas soumis aux dispositions de la *Loi sur la fonction publique*. En pareil cas, il n'est pas impossible d'imaginer le recours aux règles qui existent en ce moment en droit du travail pour expliquer le fondement du pouvoir disciplinaire dans des organisations comme la Société des alcools du Québec ou Hydro-Québec, sous réserve des dispositions expresses de la loi.

En droit du travail et en droit administratif, il faut donc retenir que la validité de ces règlements internes n'obéit pas aux mêmes conditions.

74. Une formule type figure dans toutes les lois organiques des ministères, organismes et sociétés d'État. À titre d'exemple : « Sous l'autorité du ministre, le sous-ministre est chargé de la direction générale des affaires du ministère. Il dirige le personnel du ministère » : *Loi sur le ministère du travail*, L.R.Q., c. M-32.1, art. 3. Cette disposition est complétée par l'article 6 : « Le ministre détermine les devoirs du personnel du ministère, non expressément définis par la loi ou par le gouvernement. » Il est utile également de signaler les dispositions qui permettent de formuler des politiques générales, comme l'article 8 de la *Loi sur le ministère des affaires municipales*, L.R.Q., c. M-22.1 : « Le ministre élabore et propose au gouvernement les politiques concernant l'activité du ministère. Il en dirige et coordonne l'application. »

75. *Loi sur la fonction publique*, L.R.Q., c. F-3.1.1, art. 4, 5, 16 et 17.

76. *Règlement sur les normes d'éthique, de discipline et le relevé provisoire des fonctions dans la fonction publique*, (1985) G.O., II, 2015.

Cette normativité institutionnelle n'en soulève pas moins un problème plus fondamental qui transcende ces deux domaines d'application : l'existence des actes réglementaires internes. Pour le droit du travail, c'est la notion d'acte réglementaire de droit privé qui reste encore à dégager. Pour le droit administratif, c'est la théorie de l'acte réglementaire qui mérite d'être réévaluée en fonction d'une possible distinction entre les actes réglementaires internes et externes. Jusqu'ici, le droit public n'a appréhendé la fonction réglementaire que dans l'ordre de la légalité externe. En matière de droit positif, cette réglementation institutionnelle, peu importe qu'elle soit le produit d'une organisation publique ou privée, ne peut être intégrée à l'ordonnancement juridique que sous réserve d'une portée interne propre à la sphère institutionnelle à laquelle elle est destinée. En l'état actuel du droit positif, il serait donc possible de concilier l'existence d'une fonction réglementaire interne avec les théories généralement admises sur le monopole de l'État en cette matière : l'acte réglementaire de droit privé ne serait ainsi qu'un acte réglementaire interne.

En dépit de sa conformité avec la dimension réglementaire de la normativité institutionnelle, cette solution n'est tout au plus qu'une approche minimaliste du phénomène global de la réglementation privée. À l'échelle des institutions privées, il existe des organismes de contrôle et de régulation dont la vocation normative est explicitement externe en vue de discipliner des partenaires privés dans un domaine particulier de l'activité économique et sociale : Conseil de presse du Québec, Conseil des normes de la publicité, Bourse de Montréal, Conseil international de l'industrie de l'image, etc. (plusieurs secteurs industriels ont leur propre conseil)⁷⁷. Dans la perspective des ordres juridiques privés, c'est une autonormativité institutionnelle qui résulte de l'interaction de plusieurs organisations, ce qui montre encore une fois de plus qu'on ne peut concevoir la fonction réglementaire dans un cadre strictement public. Cette problématique dépasse évidemment les limites de notre étude. Il ne faut pas toutefois la perdre de vue, et réduire ainsi, de façon trop sommaire, la normativité institutionnelle à cette seule dimension interne. En effet, si la dynamique institutionnelle apparaît comme un facteur déterminant de la production normative interne, cette dimension se retrouve également à l'échelle inter-institutionnelle.

77. Le contrôle du droit étatique sur ces organismes d'autoréglementation n'en reste pas moins considérable. Outre leur Charte ou leurs statuts explicitement concédés par une loi particulière ou par lettres patentes, de nombreux organismes ne peuvent fonctionner que sur autorisation expresse de l'Administration comme en témoigne l'article 169 de la *Loi sur les valeurs mobilières*, L.R.Q., c. V-1.1 : « Une association professionnelle ne peut réglementer les opérations sur valeurs de ses membres que si elle est reconnue par la Commission à titre d'organisme d'autoréglementation. »

1.3 La réglementation interne au sein des corporations

Le droit corporatif se démarque des autres domaines du droit privé⁷⁸ par une intégration plus harmonieuse de la technique réglementaire dans les pouvoirs détenus par les corporations pour la réalisation de leurs fins. Comme il s'agit d'organisations dotées du statut de personnes morales⁷⁹, le législateur ne pouvait plus ignorer, ne serait-ce qu'implicitement, la dimension institutionnelle dans l'énumération des pouvoirs inhérents au fonctionnement de toute entité corporative. Dans le cadre d'une section consacrée aux droits des corporations, l'article 358 du *Code civil du Bas Canada* est conforme aux orientations de la thèse institutionnelle en rappelant que « les droits qu'une corporation peut exercer sont [...] tous ceux qui lui sont nécessaires pour atteindre le but de sa destination ». C'est toutefois l'article 361 qui consacre explicitement l'existence de statuts et règlements pour répondre aux exigences de la « discipline intérieure » des corporations⁸⁰. Avec la perspective de normes internes qui s'imposent impérativement aux membres de l'organisation et la reconnaissance explicite de la réalité réglementaire et statutaire au sein des institutions privées, cet article ne consacre-t-il pas l'existence de procédés qu'on aurait pu croire étrangers à l'orthodoxie privatiste ? En leur ménageant un accueil favorable, les auteurs ne se sont guère embarrassés des contraintes du droit civil pour admettre spontanément l'existence de pouvoirs liés à la dimension éminemment institutionnelle de la vie corporative. Cette ouverture laisse néanmoins subsister plusieurs ambiguïtés sur la nature du phénomène réglementaire en droit corporatif.

78. Malgré cette filiation avec le droit privé et de nombreuses dispositions du *Code civil du Bas Canada*, il ne faut pas perdre de vue que le droit corporatif offre des règles générales valables pour les personnes morales de droit public et de droit privé. À cet égard, le droit corporatif, par son ancienneté, transcende en principe, et en principe seulement, le clivage public/privé.

79. En offrant un titre consacré aux personnes morales (Titre cinquième du Premier Livre), le nouveau *Code civil du Québec* rompt avec l'approche corporatiste du *Code civil du Bas Canada* (art. 352 et suiv. consacrés aux corporations). Contrairement à l'article 352 du *Code civil du Bas Canada* qui offre certains éléments de définition de la corporation, le *Code civil du Québec* ne présente aucune définition de la personne morale (art. 298-300), ce qui laisse entrevoir pour l'évolution future du droit québécois un prolongement des controverses doctrinales en France sur la notion de personne morale. Sur ce débat, voir B. TEYSSIÉ, *Droit civil. Les personnes*, Paris, Litec, 1983, 270 pages, pp. 231-237.

80. C. c. B.C., art. 361 : « Toute corporation a droit de faire pour la régie de sa discipline intérieure, pour la conduite de ses procédés et l'administration de ses affaires, des statuts et règlements auxquels ses membres sont tenus d'obéir, pourvu qu'ils soient légalement et régulièrement faits. » De cette formulation, il faut notamment retenir l'idée de l'assujettissement des « membres » aux statuts et règlements élaborés pour la régie de la discipline intérieure.

1.3.1 L'ambiguïté de la fonction réglementaire en droit corporatif

Au sens premier du terme *corporari* (« se former en corps » au sens où l'entendait le latin médiéval), la corporation est un corps constitué, une association, une réunion de personnes, une organisation. Il ne faut donc pas s'étonner de voir resurgir la dimension organisationnelle dans la conceptualisation du phénomène corporatif. Dans le cadre d'une approche qui présente beaucoup d'affinités avec la thèse institutionnelle, P.B. Mignault rappelait, à la fin du siècle dernier, que « [c]haque corporation se compos[e] d'une aggrégation [*sic*] d'individus tendant au même but » d'où le fait qu'elle « doit nécessairement être investie de pouvoirs suffisants afin que ce but puisse être atteint [...] Il faut donc que la minorité s'incline devant la majorité, que tous obéissent à des lois décrétées dans l'intérêt commun⁸¹. » Dans le même esprit, F. Langelier rappelait au début du siècle que « [t]oute corporation constitue une espèce de petit état dans l'État⁸² ». Il en déduisait l'existence d'un pouvoir législatif opposable aux membres de ce « petit état⁸³ ». La doctrine contemporaine semble moins soucieuse de faire des analogies avec le droit public en vue de clarifier la nature de ce pouvoir réglementaire. Aux fins de la régie interne de la compagnie, le règlement apparaît simplement comme un « statut privé⁸⁴ », un « édit formel » de caractère permanent et d'application constante⁸⁵, sans qu'on puisse en savoir davantage sur la nature de la fonction réglementaire en

81. P.B. MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, t. 2, Montréal, Librairie de droit et de jurisprudence, 1896, 671 pages, p. 348.

82. F. LANGELIER, *Cours de droit civil*, t. 2, Montréal, Wilson et Lafleur, 1906, 521 pages, p. 75.

83. *Ibid.* : « Les corporations, dans l'exercice de leurs pouvoirs législatifs peuvent faire des règlements pour tous ceux qui leur appartiennent, c'est-à-dire, qui sont membres de ce petit état qu'elles constituent. » De cette affirmation, il faut retenir l'idée d'un pouvoir normatif fondé sur un lien d'appartenance.

84. « In matters of internal government a private corporation [...] is governed by the private rules and regulations laid down by its founder » : *Halsbury's Laws of England*, 4^e éd., t. 9, Londres, Butterworths, 1974, par. 1278. Il est en effet fréquent de trouver dans les ouvrages britanniques des allusions au caractère privé de ces règlements. Les auteurs négligent toutefois de rattacher de tels pouvoirs à une théorie générale de la réglementation, tout comme ils ne cherchent pas à les distinguer des *byelaws* propres au droit public. Comme ces *byelaws* publics et privés puisent tous leur origine dans une disposition législative en vue d'en permettre l'utilisation, les auteurs se limitent le plus souvent à en signaler l'origine législative sans s'interroger davantage sur la notion de réglementation.

85. M. MARTEL et P. MARTEL, *La compagnie au Québec*, t. 1, *Les aspects juridiques*, Montréal, Wilson et Lafleur/Martel, 1992, 1021 pages, p. 708.

droit corporatif⁸⁶. Mais comme il s'agit d'un pouvoir normatif concédé explicitement par le législateur en des termes qui évoquent sans ambiguïté la technique réglementaire traditionnelle (*byelaws and regulations*), la confusion devient trop manifeste pour ne pas tirer de cette terminologie quelques doutes sur les interprétations présentées dans les ouvrages de droit corporatif.

En vue de répondre à ces exigences de gestion interne, ces règlements ont pour thèmes traditionnels la tenue des assemblées, les pouvoirs reconnus aux administrateurs, la procédure à suivre pour l'expédition des affaires courantes, la répartition des actions et les appels de versement, pour ne signaler ici que des exemples courants⁸⁷. Tout en soulignant leur force obligatoire à l'égard des membres de la compagnie, les auteurs insistent sur leur caractère interne pour affirmer qu'ils ne sont pas opposables à l'égard des tiers. Sur le plan des principes, on ne peut toutefois opposer ces règlements des corporations privées à ceux des corporations politiques (au sens de l'article 356 du *Code civil du Bas Canada*) sous prétexte que ces dernières disposent du pouvoir de les rendre opposables à l'ensemble d'une collectivité occupant un territoire défini. Une opposition de principe n'est guère concevable puisque des règlements internes existent également en droit public pour toute espèce de corporations publiques.

En vertu de ces dispositions générales du *Code civil du Bas Canada*, les corporations civiles et politiques peuvent donc se prévaloir du droit de

86. Dans la *Loi sur les sociétés par actions*, L.R.C. (1985), c. C-44, il s'agit de « règlements administratifs » (art. 6 (2) et 18), terme identique à celui qui est employé en droit administratif fédéral pour désigner des règlements à portée interne ou externe (voir *infra*, notes 129 et 132). Dans les rares travaux consacrés aux règlements en droit corporatif, il semble que les seules préoccupations des juristes aient été de les distinguer des résolutions et de préciser les conditions formelles de leur adoption. Par exemple, voir B. DEVLIN, « Des règlements », (1939-40) 42 *R. du N.* (supplément) 260-270. Tout en ayant les mêmes préoccupations, B. WELLING, *Corporate Law in Canada. The Governing Principles*, 2^e éd., Toronto, Butterworths, 1991, 756 pages, p. 479, ne cherche pas non plus à en clarifier la nature : « By-laws are constitutional documents of the corporation. » Toutefois, d'autres indices permettent de soupçonner que l'existence de cette fonction réglementaire est gommée au profit d'une interprétation contractuelle. Par exemple, M. MARTEL et P. MARTEL, *op. cit.*, note 85, p. 715, affirment que « les règlements constituent en fait un contrat entre la compagnie et ses actionnaires ». Cette approche correspond effectivement à celle du nouveau *Code civil du Québec* (voir *infra*, note 94).

87. Ces matières font l'objet d'une énumération à l'article 91 (2) de la *Loi sur les compagnies*, L.R.Q., c. C-38.

faire des « statuts et règlements » pour leur discipline intérieure⁸⁸. Ce n'est toutefois qu'en droit des compagnies que ce pouvoir fait l'objet d'une utilisation extensive à des fins de gestion interne, alors qu'en contrepartie le phénomène de la normativité interne en droit administratif n'a pas été appréhendé sous l'angle de l'article 361 du *Code civil du Bas Canada*. Plusieurs raisons peuvent être invoquées pour expliquer ce phénomène.

Si l'on fait exception parmi les personnes morales de droit public des municipalités et de certaines administrations régionales ou scolaires⁸⁹, il faut d'abord relever que la forme corporative ne connaît qu'une application inégale au sein de l'Administration⁹⁰. Les organes centraux du type ministère ne disposent pas d'une personnalité juridique distincte et de nombreux organismes administratifs autonomes ne bénéficient pas du statut de corporation, ce qui confère à l'argument corporatif une valeur toute relative. Quant à la Couronne, dont le statut de *corporation sole* reste tout à fait

88. Dans le cadre des nouvelles dispositions relatives aux personnes morales, le *Code civil du Québec* élimine toute référence à la « discipline interne » ou à la gestion interne pour reconnaître simplement l'existence de règlements : « Le fonctionnement, l'administration du patrimoine et l'activité des personnes morales sont réglés par la loi, l'acte constitutif et les règlements » (art. 310). Il faut toutefois noter que le texte retenu pour l'article 335 reconnaît explicitement au profit du conseil d'administration le droit d'adopter des « règlements de gestion ». Cette disposition est complétée par l'article 309 où les actes des personnes morales « n'engagent qu'elles-mêmes », ce qui renvoie implicitement à la notion d'ordre interne.

89. Sur les autres catégories de corporations publiques dans le secteur public, voir P. GARANT, *op. cit.*, note 6, p. 123. Cette sphère publique n'est pas entièrement homogène puisque certaines personnes morales présentent un statut hybride public/privé. C'est notamment le cas des universités qui soulèvent de nombreux problèmes de qualification en vue de leur attribuer un caractère public ou privé : A. LAJOIE et M. GAMACHE, *Droit de l'enseignement supérieur*, Montréal, Éditions Thémis, 1990, 643 pages, pp. 215-252 ; McKinney c. Bureau des gouverneurs de l'Université de Guelph et le procureur général de l'Ontario, [1990] 3 R.C.S. 229 ; Douglas College c. Douglas/Kwantlen Faculty Association, [1990] 3 R.C.S. 570 (il s'agissait dans ce cas d'un collège d'enseignement postsecondaire). Quoi qu'il en soit de la nature publique ou privée des universités, leur statut corporatif est fréquemment invoqué pour évaluer leurs pouvoirs de gestion interne. À propos des pouvoirs généraux qui découlent de ce statut corporatif des universités québécoises, A. LAJOIE et M. GAMACHE, *op. cit.*, p. 253, rappellent ceci : « La création d'une corporation, quelle qu'elle soit, comporte toujours l'attribution au moins implicite des pouvoirs nécessaires à la poursuite de ses finalités et, notamment, des pouvoirs de régie interne [...] ». En ce sens, la structuration de la régie interne « se matérialise, selon le cas, par l'adoption de statuts ou de règlements ou même par simple décision des principales instances » (p. 269).

90. Les régies sont habituellement instituées sous la forme corporative comme en témoigne l'article 3 de la *Loi sur la Régie de l'assurance-maladie du Québec*, L.R.Q., c. R-5 : « La Régie est une corporation au sens du Code civil et elle est investie des pouvoirs généraux d'une telle corporation », ou encore l'article 3 de la *Loi sur l'Office de planification et de développement du Québec*, L.R.Q., c. O-3.

excentrique dans l'univers corporatif, personne n'a, jusqu'à ce jour, soutenu qu'elle disposait de pouvoirs inhérents en vue d'adopter des règlements à des fins de gestion interne.

Cette diversité des champs d'application de la forme corporative en droit public reste un peu secondaire en comparaison des difficultés que soulève l'utilisation du *Code civil du Bas Canada* dans une perspective de droit public. Est-il nécessaire de rappeler que la transposition de règles destinées de toute évidence à régir le fonctionnement de corporations privées reste très aléatoire dans un contexte de droit administratif ? Malgré leur généralité, la plupart des dispositions relatives aux droits et privilèges des corporations sont inutilisables dans un contexte de droit public. Leur coloration privatiste est trop manifeste comme en témoigne la référence à des « membres » (article 361 du *Code civil du Bas Canada*). Si l'existence de membres répond parfaitement aux conditions de fonctionnement d'une corporation commerciale (ce sont les actionnaires) et d'une corporation sans but lucratif (par exemple, les membres d'une société savante) où l'adhésion joue un rôle fondamental dans la vie associative, en revanche, en droit public, il n'est guère possible d'analyser dans les mêmes termes ces liens d'appartenance qui ne sont, la plupart du temps, que des rapports d'assujettissement reposant sur l'existence d'un statut. À l'exception de certaines catégories de personnel que le législateur appréhende en leur qualité de « membres », les institutions administratives, dans leurs rapports avec les groupes d'usagers et de bénéficiaires, ne fonctionnent pas sur la base de ce rapport d'appartenance⁹¹. En principe, elles n'ont pas de « membres », car cette qualité est habituellement réservée à ceux qui font nommément partie d'un corps constitué⁹².

Dans une perspective de droit public, l'analyse contractualiste introduit un autre facteur d'incompatibilité. Comme les corporations privées se composent d'adhérents, la doctrine civiliste n'a pas hésité à expliquer le caractère obligatoire des règlements internes par le lien contractuel qui unit le membre à la corporation, allant même jusqu'à reconnaître à ce lien le

91. Dans les lois québécoises, le terme « membre » est fréquemment employé pour désigner les membres des conseils d'administration de différentes régies et commissions, tout comme il est également employé pour désigner, faute de mieux, les membres de certains tribunaux administratifs.

92. Devenir « membre » signifie, dans son acception usuelle, une adhésion volontaire à une association, à un parti, à une société, à une assemblée ou à une académie en vue d'acquérir le statut de membre actif, honoraire, perpétuel ou fondateur.

statut de contrat d'adhésion⁹³. L'article 313 du *Code civil du Québec* consacre désormais cette interprétation de la procédure d'élaboration des règlements internes⁹⁴. En vertu du principe de la souveraineté parlementaire, le législateur dispose de toute la latitude nécessaire afin d'affirmer, aux fins de la loi, que les lapins seront dorénavant considérés comme des carpes. Avec toute la déférence requise pour le législateur, les actes unilatéraux ne sont pas des conventions, pas plus que les règlements ne sont des contrats. À cet égard, l'article 313 reflète une approche très formaliste des rapports juridiques puisqu'il se limite à la seule dimension formelle de la source des pouvoirs que détient une personne morale sur ses membres — en l'occurrence le contrat — au détriment de la véritable nature des pouvoirs et fonctions exercés.

Aux fins de la nouvelle codification, le législateur a retenu en fait la position de principe dégagée par le juge Beetz dans l'affaire *Senex*⁹⁵. Dans son analyse des pouvoirs de la Chambre d'immeuble de Montréal, il avait affirmé que cette entité corporative relevait de ce type de groupements volontaires qu'on désigne en droit anglais comme des *voluntary associations*. D'où la conclusion que l'adhésion d'un individu à ce type de corporation se traduit par l'acceptation de sa constitution et de ses règlements ; il contracterait ainsi l'obligation de les observer. Comme l'obligation de les respecter serait de nature conventionnelle, « les règlements de ces corpora-

93. « En général les membres de la corporation seuls sont soumis aux règlements et à leurs conséquences ; c'est une application simple d'un certain caractère contractuel qui préside à leur existence et à leur autorité ; c'est une variété de contrat d'adhésion » : G. TRUDEL, *Traité de droit civil du Québec*, t. 2, Montréal, Wilson et Lafleur, 1942, 540 pages, p. 482. *A contrario*, voir F. LANGELIER, *op. cit.*, note 82, p. 76, qui affirme que pour les membres de la corporation, les règlements ont la même valeur que des lois.

94. L'article 313 dispose ceci : « Les règlements de la personne morale établissent des rapports de nature contractuelle entre elle et ses membres. » Avec cette approche, le conseil d'administration de la corporation n'adopterait plus à titre de règlements que des contrats d'adhésion... Pour les membres, il faut se garder de confondre la participation à une procédure d'adoption des règlements internes (qui répond aux mêmes objectifs que les travaux d'une assemblée délibérante) avec la formation d'un contrat. Le vote d'un membre en vue d'accepter ou de refuser les dispositions d'un règlement interne n'a rien à voir avec la notion de contrat. Pour présenter une tournure plus conforme aux réalités de la vie corporative et associative, cet article 313 devrait être formulé ainsi : « Les statuts et règlements de la personne morale sont assujettis à une procédure d'élaboration qui nécessite l'approbation des membres. »

95. *Senex c. La Chambre d'immeuble de Montréal*, [1980] 2 R.C.S. 555. La Cour suprême confirmait ainsi sa propre jurisprudence : *Vancouver Real Estate Board c. Moscrop Realty Ltd.*, (1961) R.C.S. 418 ; *Union St-Joseph de Montréal c. Lapierre*, (1880) 4 R.C.S. 164.

tions sont assimilables à des dispositions de nature contractuelle⁹⁶ ». Avec un raisonnement de ce type, poussé jusqu'à ses ultimes conséquences pour toute espèce de choix ou d'acceptation, on pourrait fort bien prétendre que les lois ne sont en réalité que des contrats. Les faits de l'affaire *Senez* sont toutefois plus troublants. Dans son analyse minutieuse des liens entre M. Senez et la Chambre d'immeuble, le juge Beetz offrait paradoxalement plusieurs arguments pour soutenir la thèse contraire. Sans être une corporation professionnelle, la Chambre était dans une situation de monopole. La personne qui ne pouvait en devenir membre ou en était expulsée ne pouvait plus, à toutes fins utiles, exercer le courtage immobilier, ce qui rend la thèse contractuelle plus ou moins artificielle. Dans une perspective de droit public, il est utile de signaler que le juge Beetz a exclu de son analyse les corporations politiques et les corporations professionnelles⁹⁷. Par contre, il a clairement affirmé que « les rapports entre un syndicat et ses

96. *Senez c. La Chambre d'Immeuble de Montréal*, précité, note 95, 566-568. Pour une bonne illustration de cette approche, voir *Scotia McLeod Inc. c. Bourse de Montréal*, [1992] R.J.Q. 1040 (C.S.). Comme le juge Beetz fait référence au droit anglais pour la généalogie de son interprétation du droit corporatif (*Senez c. La Chambre d'Immeuble de Montréal*, précité, note 95, 562), il est désormais beaucoup plus difficile d'invoquer ce même droit pour justifier une grille d'analyse fondée exclusivement sur le contrat et le droit privé. En effet, dans une affaire qui a eu un retentissement considérable, *Regina v. Panel on Take-Overs and Mergers, Ex parte Datafin PLC*, [1987] Q.B. 815, la Court of Appeal a accepté la recevabilité de l'« application for judicial review » afin de contrôler la légalité des décisions prises par le « Panel on Take-Overs and Mergers », lequel avait été créé par la Bourse de Londres afin de réglementer et de discipliner l'activité de ses membres dont l'adhésion ne pouvait découler que d'un contrat. Les juges ont refusé de se contenter de la source formelle des pouvoirs de l'organisme — ici une source entièrement contractuelle — pour tenir compte de la véritable nature des pouvoirs et contrôles exercés afin de reconnaître le caractère « public » des activités du Panel. C'est le caractère public de l'acte en litige qui a guidé l'appréciation du juge, ce qui suppose une analyse de la nature intrinsèque de l'activité en cause et non une analyse fondée uniquement sur des critères formels et organiques. Par ailleurs, il existe des associations volontaires où l'approche contractuelle est, à toutes fins utiles, inutilisable pour expliquer les fondements du pouvoir disciplinaire : ce sont les Églises et sectes de toute confession. Pour les associations religieuses, la Cour suprême s'appuie sur les notions de tradition et de coutume en vue de justifier l'existence de règles disciplinaires qui découleraient implicitement des statuts de l'association : *Daniel Hofer (Père) c. Wollmann et autres*, C.S. du CDN, 29 octobre 1992, n° 22382.

97. *Senez c. La Chambre d'Immeuble de Montréal*, précité, note 95, 566 : « la Chambre n'appartient pas à la catégorie des corporations politiques ou à celle des corporations professionnelles proprement dites, à qui le législateur, dans un but d'ordre public, peut confier des monopoles, conférer des privilèges ou déléguer un véritable pouvoir législatif susceptible d'avoir effet non seulement envers leurs membres, mais envers le public ».

membres sont de nature contractuelle⁹⁸ ». Comme l'affaire *Senex* repose directement sur la notion de « membres », elle ne peut être invoquée pour qualifier la nature du lien juridique entre les salariés et l'employeur.

Pour un rapprochement global entre droit corporatif et droit administratif, il aurait fallu disposer de principes plus généraux sur la dimension organisationnelle des corporations. Mais comme le nouveau *Code civil du Québec* repose désormais sur la notion de personne morale, la réalité communautaire et institutionnelle de cette dernière sera, selon toute vraisemblance, le critère le plus important en vue de distinguer cette catégorie des personnes physiques. Compte tenu des orientations traditionnelles du droit civil au Québec, il est toutefois peu probable qu'on se dirige vers une approche systémique et institutionnelle de la personnalité morale⁹⁹.

En dépit de ces limites, l'utilisation de la technique réglementaire (entendue comme la manifestation institutionnelle de normes prescriptives à portée générale) en droit corporatif ouvre d'autres perspectives intéressantes sur l'essence organisationnelle et structurelle de la notion de réglementation. Tout comme le phénomène de la normativité interne en droit public, le droit corporatif subordonne la validité de ces règlements à leur caractère exclusivement interne, ce qui permet encore ici de faire un autre rapprochement entre droit public et droit privé¹⁰⁰.

98. *Id.*, 571. Voir également : *Whyte v. Kuzych*, (1951) A.C. 585 ; *Orchard c. Tunney*, [1957] R.C.S. 436. Un seul arrêt, antérieur aux premiers, peut être invoqué en sens contraire : *International Association of Longshoremen, Local 375 v. Dussault*, [1947] 1 D.L.R. 5.

99. Faute de dispositions sur les personnes morales dans le *Code civil du Bas Canada*, les auteurs de droit civil (dont les travaux remontent à la fin du XIX^e siècle) ont orienté exclusivement leur réflexion vers les corporations. Par exemple, P.B. MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, t. 1, Montréal, Librairie de droit et de jurisprudence, 1895, p. 129, se limite à un rappel de la distinction entre personnes morales ou civiles par opposition aux personnes naturelles ou physiques. Sur la nature juridique des personnes morales, il n'y a donc pas de tradition doctrinale au Québec. En droit civil français, la dimension institutionnelle de la personnalité morale est admise par quelques auteurs. C'est notamment le cas de C. ATIAS, *Les personnes. Les incapacités*, coll. « Droit fondamental », Paris, PUF, 1985, 265 pages, pp. 224-244, qui insiste sur l'aspect communautaire des personnes morales ; voir plus particulièrement les développements consacrés à la stabilité communautaire où la coloration institutionnaliste du propos est manifeste (p. 232).

100. Compte tenu des origines médiévales du droit corporatif, ce droit a été élaboré à l'origine en fonction de considérations tout à fait étrangères aux conditions qui ont favorisé ultérieurement l'apparition de la distinction public/privé. En évoquant ici un rapprochement entre droit public et droit privé, nous ne prétendons nullement faire du droit corporatif un pur sujet de droit privé. Mais comme sa rationalité est d'abord et avant tout une rationalité de droit privé et que ses applications les plus nombreuses se situent dans ce domaine, il est donc possible, avec toutes les réserves qui s'imposent, de bien marquer la différence entre droit public et droit privé aux fins d'une analyse de la normativité.

1.3.2 Le régime juridique de la gestion interne

Dans le contexte du droit des biens et du droit des entreprises, la normativité interne ne fait pas l'objet d'un encadrement juridique précis. Pour le propriétaire ou le dirigeant d'entreprise, il suffit de respecter les exigences traditionnelles de la légalité (ordre public et dispositions contraignantes d'origine législative ou réglementaire) pour que ce vide juridique puisse leur permettre de revendiquer une pleine opposabilité de ces normes internes à l'égard des tiers appelés à pénétrer dans le champ normatif soumis à leur contrôle (immeuble ou entreprise). Le déploiement de cette normativité dans la sphère des rapports privés n'en est encore qu'au stade d'une appréhension confuse dans le cadre des schémas traditionnels du droit civil et du droit du travail. Au sens strict, les tiers ne font pas l'objet d'une protection spéciale sur le plan de l'opposabilité ou du contenu de cette réglementation privée.

Si l'on délaisse le cadre général qui régit les corporations et les personnes morales dans les deux codes civils, le droit des compagnies se démarque par l'existence d'un régime juridique propre à la gestion interne. Ce régime dépasse la problématique de la normativité interne qui gravite autour des statuts et règlements de la compagnie pour inclure tous les actes d'administration interne, peu importe que ce soit des résolutions, des conventions ou des transferts d'actions. Ce régime a été élaboré graduellement par le juge, et repris ensuite par le législateur dans les lois sur les compagnies, dans le seul but de protéger les tiers dans leurs relations d'affaires avec la compagnie. Tout comme en droit administratif, le trait dominant en est l'inopposabilité des actes internes à l'égard des tiers.

Sur la base de quelques arrêts de principe, le droit des compagnies offre ainsi deux garanties en faveur des tiers : la connaissance présumée des actes publics relatifs au statut et aux pouvoirs de la compagnie (*constructive notice*) et la protection contre les irrégularités internes de la compagnie (règle de l'*indoor management*)¹⁰¹.

Aux fins d'un rapprochement avec le droit public, il est intéressant de noter que les tiers sont soumis à un régime plus ou moins similaire en droit des compagnies : en vertu de cette règle de la connaissance présumée, ils sont censés connaître les dispositions législatives applicables à la compagnie, ainsi que les documents publics de la compagnie (Compagnies Partie I

101. Voir à ce sujet l'importante étude de R. GAUDREAU, « Les compagnies et les tiers contractants : étude des doctrines de la *constructive notice* et de l'*indoor management* », (1982) 42 *R. du B.* 485-563. Voir également D.D. PRENTICE, « The Indoor Management Rule », dans J.S. ZIEGEL, *Études sur le droit canadien des compagnies*, Toronto, Butterworths, 1967, pp. 309-342.

de la *Loi sur les compagnies*)¹⁰². Par contre, les documents internes (résolutions et règlements par exemple) ne leur sont pas opposables, à moins qu'ils n'en aient pris connaissance¹⁰³. En revanche, la compagnie Partie I peut invoquer ses documents publics à l'encontre d'un tiers¹⁰⁴. Issue de l'interprétation judiciaire, cette présomption de connaissance a néanmoins été modifiée en droit fédéral (sociétés par actions) et en droit québécois (Compagnies Partie IA) dans un sens plus favorable aux intérêts des tiers, notamment pour mettre fin aux abus qui pouvaient résulter du simple fait que certains documents de la compagnie peuvent être enregistrés ou tenus disponibles pour la consultation dans ses locaux¹⁰⁵. Cette présomption de connaissance du droit des compagnies et des documents publics du type lettres patentes n'est en fait qu'une illustration de l'exigence générale selon laquelle nul n'est censé ignorer la loi. Comme en droit public, cette présomption ne s'applique pas aux actes internes, à la différence toutefois de la connaissance d'office qui peut être invoquée en droit des compagnies contre les tiers qui ont été informés du contenu de ces documents internes. En droit administratif, l'inopposabilité envers les tiers reste la règle pour les actes purement internes, peu importe que les administrés en aient eu ou non connaissance.

Les personnes qui nouent des relations d'affaires avec la compagnie Partie I ne sont tenues de connaître que ses documents publics (ce qui correspond à la notion de légalité externe), d'où le corollaire qu'elles n'ont pas à vérifier si toutes les formalités de sa régie interne ont été suivies pour la signature d'un contrat ou pour d'autres transactions. Cette règle dite de l'*indoor management* offre au tiers la faculté d'opposer une fin de non-recevoir à une compagnie désireuse d'échapper à ses obligations, sous

102. Ces documents publics ont pour objet l'incorporation et le statut de la compagnie, notamment les lettres patentes. Comme la constitution d'une compagnie en vertu de la Partie I est devenue peu fréquente, cette règle de la connaissance présumée des documents publics doit être relativisée.

103. « Les règlements lient tous les actionnaires et membres de la compagnie. En ce qui concerne les tiers, nous avons vu qu'ils ne peuvent être liés par les règlements que s'ils en ont eu connaissance. Contrairement aux lettres patentes de la compagnie Partie I qui sont un document public présumé connu de tous, les règlements ne sont pas soumis à cette présomption de connaissance » : M. MARTEL et P. MARTEL, *op. cit.*, note 85, pp. 714-715.

104. « La doctrine de la « constructive notice » est une doctrine que la compagnie peut invoquer à l'encontre d'un tiers. Elle empêche le tiers de plaider mandat apparent à l'encontre de la compagnie, ou encore de plaider que l'administrateur pouvait lier la compagnie vu les pouvoirs découlant de son poste, le tiers étant présumé connaître les documents publics de la compagnie et les restrictions qu'ils peuvent comporter » : R. GAUDREAU, *loc. cit.*, 492.

105. *Loi sur les sociétés par actions*, L.R.C. (1985), c. C-44, art. 17 ; *Loi sur les compagnies*, L.R.Q., c. C-38, art. 123.30 et 123.32 (pour les compagnies Partie IA).

prétexte des irrégularités de sa gestion interne¹⁰⁶. Élément essentiel, ce tiers doit être de bonne foi, en ce sens qu'il ne doit pas avoir été informé de l'existence de cette irrégularité et qu'il ne doit pas avoir été négligent pour s'enquérir davantage au vu de circonstances inhabituelles ou d'une situation douteuse¹⁰⁷. En contrepartie, cette inopposabilité profite également à la compagnie dans la mesure où le tiers ne peut invoquer une irrégularité de régie interne pour faire annuler une transaction. Malgré l'existence de vices de forme ou de fond susceptibles de compromettre la validité de ses règlements ou de ses résolutions¹⁰⁸, la compagnie reste liée par sa production juridique interne, qui, rappelons-le, n'est pas opposable aux tiers. Valide ou non, cette normativité interne ne concerne que la compagnie, ses administrateurs, ses membres et ses actionnaires. Il ne faut toutefois pas perdre de vue qu'un acte interne contraire à une disposition législative d'ordre public, notamment dans le domaine des droits et libertés, est susceptible d'être contesté par toute personne intéressée : une situation de ce type apparaîtrait dès lors comme une violation de la légalité générale et non plus, comme auparavant, une simple irrégularité interne qui relève de l'ordre juridique interne de la compagnie¹⁰⁹.

106. En droit fédéral, cette règle est codifiée par l'article 18 de la *Loi sur les sociétés par actions* : « La société, ou ses cautions, ne peuvent alléguer contre les personnes qui ont traité avec elle ou sont ses ayants droit que : (a) les statuts, règlements administratifs et conventions unanimes des actionnaires n'ont pas été observés [...] ». En droit québécois, l'article 123.31 de la *Loi sur les compagnies*, précitée, note 105, offre sensiblement la même garantie : « Les tiers peuvent présumer que : 1° la compagnie exerce ses pouvoirs conformément à ses statuts, à ses règlements et à la convention unanime des actionnaires [...] ». À un niveau plus général, les dispositions du nouveau Code civil au titre des personnes morales en sont une autre illustration : « La personnalité juridique d'une personne morale ne peut être invoquée à l'encontre d'une personne de bonne foi, dès lors qu'on invoque cette personnalité pour masquer la fraude, l'abus de droit ou une contravention à une règle intéressant l'ordre public » (art. 317).

107. M. MARTEL et P. MARTEL, *op. cit.*, note 85, p. 623, R. GAUDREAU, *loc. cit.*, note 101, 499.

108. Ces irrégularités ne doivent pas dépasser certaines limites. Elles ne doivent pas présenter des cas de violation (c'est l'*ultra vires*) de dispositions impératives de la loi, notamment en ce qui concerne les pouvoirs généraux de la compagnie, ainsi que sa capacité légale. Il faut donc que ces irrégularités se limitent à des cas de violation de la légalité interne de la compagnie ou, le cas échéant, à des contraventions à certaines dispositions de la loi qui ne sont pas contraignantes pour la compagnie. Comme le signale R. GAUDREAU, *loc. cit.*, note 107, 494, « la règle de l'*indoor management* peut couvrir non seulement certaines irrégularités internes de la compagnie, mais également certaines contraventions à la loi régissant la compagnie, dans la mesure où les dispositions du texte de loi n'ont pas un caractère obligatoire ».

109. Cette règle comporte toutefois une exception : dans la loi fédérale sur les sociétés par actions, les actes d'une société ne sont pas nuls du seul fait qu'ils sont contraires à ses statuts ou aux dispositions de la *Loi sur les sociétés par actions* (*Loi sur les sociétés par actions*, précitée, note 105, art. 16 (3)).

Dans le même esprit, le droit administratif ne permet pas à l'Administration d'invoquer des irrégularités internes pour opposer des refus aux administrés, pas plus que ces derniers ne peuvent s'en prévaloir pour contester la légalité de l'action administrative. Par exemple, si une autorité administrative omet de respecter certaines formalités prévues dans une directive du Conseil du trésor, cette irrégularité interne ne peut être opposée aux tiers, avec toutefois une nuance pour les sociétés d'État en droit fédéral¹¹⁰. En principe, la bonne ou mauvaise foi des administrés n'est pas pertinente puisque le droit public ne repose pas sur un cadre de relations d'affaires. Il faut néanmoins être prudent avant de conclure à l'étanchéité complète des rapports Administration-parties privées sur le fondement d'une opposition absolue entre l'ordre interne et la légalité externe. Tout en donnant l'impression d'être limitées à la marche interne des services, certaines irrégularités peuvent présenter des ramifications complexes en matière de compatibilité avec les exigences de la réglementation officielle, avec pour corollaire inévitable des cas de violation des chartes¹¹¹. De même, cette légalité interne ne se traduit pas forcément par des rapports de stricte inopposabilité entre les parties, car la théorie de l'autolimitation du pouvoir discrétionnaire par voie de directives offre opportunément à l'Administration la possibilité d'opposer des normes administratives aux administrés, à condition bien sûr que ces normes soient conformes aux exigences de légalité externe¹¹².

Si, de toute évidence, ce rapprochement entre droit corporatif et droit administratif bute sur d'inévitables divergences dans la formulation d'un cadre juridique pour ces actes de gestion interne, il n'en montre pas moins la généralité de l'ordre interne à titre de phénomène inhérent à toute forme de vie institutionnelle, peu importe son caractère public ou privé. Toutefois, ce qui étonne, en comparaison de ces progrès accomplis en droit

110. Le paragraphe 102 (1) de la *Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. (1985), c. F-11, dispose ceci : « Une société d'État ne peut opposer à des personnes qui traitent avec elle ou avec ses ayants droit — *sauf si elles ont connaissance de la réalité* — le fait que : a) la présente partie ou les règlements de celle-ci, son acte constitutif, ses règlements administratifs ou les instructions qui lui ont été données n'ont pas été observés [...] » (l'italique est de nous). Comme on peut le constater, cette disposition représente une transposition directe de la règle de l'*indoor management* dans le fonctionnement des entreprises publiques fédérales : les tiers sont donc protégés contre les irrégularités internes sauf s'ils en ont eu connaissance. En droit administratif, cet assouplissement en faveur d'une connaissance présumée ne peut être invoqué contre les tiers : tout ce qui relève du fonctionnement interne des institutions administratives, valide ou non, ne peut être opposé aux tiers.

111. Sur l'application de la *Charte canadienne des droits et libertés* aux politiques et pratiques internes de l'Administration, voir *infra*, note 176.

112. Sur cette dimension, voir *infra*, note 133.

corporatif dans la conceptualisation d'une exigence élémentaire pour le fonctionnement des organisations, ce sont les lenteurs et les difficultés du droit administratif en vue d'offrir une explication satisfaisante de ce même phénomène. Compte tenu de l'importance exceptionnelle de la dynamique organisationnelle dans la vie des institutions administratives, il était légitime de s'attendre à tout autre chose que le peu d'explications qui en est offert dans le droit administratif des pays de tradition britannique.

2. La complexité des pratiques normatives internes en droit public

Du fait de cette approche contractualiste et personnaliste des rapports juridiques, le droit privé reste donc en grande partie fermé à l'égard des obligations objectives, de la normativité, de l'acte unilatéral, de la technique réglementaire, de la réglementation, même si, par ailleurs, de tels phénomènes se manifestent à grande échelle au sein des institutions privées. Pour parvenir à une explication satisfaisante des fondements de la normativité interne, les publicistes n'ont pour seule alternative que de trouver une solution de droit public à un phénomène dont l'essence n'est pas propre au droit public. En droit positif, cet examen reste limité aux solutions traditionnelles que représentent les interventions législatives et l'interprétation judiciaire. Il ne faut pas toutefois s'y méprendre. Derrière les explications du droit positif se profile de nouveau, avec plus d'acuité encore, l'existence des ordres normatifs institutionnels. En effet, avec le droit administratif et les institutions administratives, le volume de cette normativité institutionnelle ne présente pas de commune mesure avec celle des organisations privées.

L'importance de la production normative interne au sein de l'Administration a pris une telle ampleur depuis deux décennies que tout rappel de cette réalité semble complètement superflu¹¹³. Toutefois, il ne faudrait pas croire que ce sont uniquement juge et législateur qui aient réagi pour en favoriser l'utilisation ou pour en clarifier la portée. Intéressée au premier chef par le statut juridique de ses directives et de ses guides, l'Administration québécoise se prononce ostensiblement sur leur portée par l'insertion d'une formule plus ou moins stéréotypée qui figure dans les premiers développements de ces textes. Il est fréquemment rappelé que « cette directive n'a pas force de loi », ce qui signifie, en principe, l'inopposabilité

113. En droit canadien, il n'existe toutefois aucune monographie sur le sujet. Les domaines réglementaire et infraréglementaire ont toutefois fait l'objet d'une excellente analyse de P. ISSALYS et P. GARANT, dans *Loi et règlement, Travaux du Laboratoire de recherche sur la justice administrative (n° 10)*, Québec, Université Laval, Faculté de droit, 1981, 384 pages, pp. 13-60. En dépit de l'usure relative du temps, cette étude présente encore un grand intérêt.

réciproque pour l'Administration et les intéressés, même s'il s'agit d'un texte qui formule des objectifs publics¹¹⁴. En fonction de considérations de pure forme, ce n'est tout au plus qu'une présomption administrative pour en réduire la portée à des fins purement internes. Bien qu'on puisse émettre des doutes sérieux quant à l'intériorité de bon nombre de ces notes et directives, l'Administration peut néanmoins invoquer le soutien du législateur et du juge dans des proportions qui varient selon la nature des institutions et des pratiques normatives.

2.1 La croissance du domaine infraréglementaire

Le développement des pratiques administratives infraréglementaires répond à deux besoins. Dans un premier temps, ce phénomène est la manifestation sensible de la croissance des formes non légiférées de régulation juridique des rapports sociaux. La permissivité du législateur à l'égard de ces pratiques reflète à bien des égards une transformation significative de la technique juridique. Certes, la régulation législative des rapports sociaux obéit encore pour l'essentiel à la rationalité juridique. La loi, c'est encore, selon les apparences, le langage du droit, mais non en principe celui de la science, de la technique ou des organisations complexes. En dépit de l'inflation juridique, notamment celle des modes traditionnels d'expression du droit, la formulation d'objectifs publics ne se limite plus à des interventions législatives et réglementaires. Ce n'est pas tant un affaiblissement de la loi qu'un redéploiement de la normativité pour intégrer la rationalité dominante de la science, ainsi que celle de la culture administrative qui en est l'expression directe. Cette diversification était inévitable, car la régulation scientifique et technicienne des rapports sociaux est intimement liée à des phénomènes que la rationalité juridique appréhende avec difficulté : le développement de l'informatique et des nouvelles technologies, les enjeux environnementaux, l'utilisation de techniques assurantielles et actuarielles dans le cadre de fonctions prestataires, la croissance de la culture organisationnelle, la définition de nouveaux circuits d'échanges et la standardisation technique des produits.

114. À titre d'exemple, la directive n° 017 sur les pesticides du ministère de l'Environnement (12 mars 1984) énonce au point 1.3 de sa partie introductive : « Comme telle, cette directive n'a pas force de loi sauf dans le cas où on réfère à une norme prévue par un règlement du gouvernement. Elle indique cependant le comportement que le ministère de l'Environnement requiert de la part de ceux qui y sont visés [sic]. Le ministère de l'Environnement aura cependant le droit d'avoir recours à cette directive dans l'exercice des pouvoirs discrétionnaires que lui confère la Loi sur la qualité de l'environnement, notamment lors de l'émission d'une ordonnance ou la délivrance d'une autorisation. » Le lecteur aura compris que cette directive, tout en conservant une portée interne, s'applique à tous les acteurs sociaux intéressés par le problème des pesticides...

Cette dimension externe est complétée par son pendant interne, le seul qui est en réalité perçu par le droit positif. Comme ces pratiques normatives n'entrent pas dans les catégories officielles du type lois ou règlements, elles sont associées aux normes organisationnelles propres au fonctionnement interne de l'Administration. C'est ici que se retrouve la fonction traditionnelle de ces règles dont la croissance ne fait que refléter depuis le XIX^e siècle le développement de l'appareil d'État. Au fil des différents rapports du protecteur du citoyen, il est devenu manifeste que leur poids réel dans le fonctionnement des services dépasse souvent celui de la loi¹¹⁵. La circulaire ou la directive, c'est l'image par excellence de la culture bureaucratique. Dans la perspective de l'Administration, ces pratiques normatives apparaissent comme l'expression de sa stabilité, de sa permanence, de son identité, en contribuant à l'enracinement d'un style bureaucratique et d'un espace qui lui sont propres. Question de survie également, puisque l'outillage traditionnel du droit ne permet plus à l'Administration de gérer correctement le rythme accéléré des changements socio-économiques qu'elle affronte en première ligne.

Pour le droit positif, ces deux dimensions « externe » et « interne » se trouvent confondues dans un seul et même régime, celui des normes internes. Le formalisme juridique est à l'origine de cette situation puisque seules les normes dites « législatives » peuvent modifier l'ordonnancement juridique. Dès que cette normativité emprunte d'autres voies, seul l'ordre juridique interne de l'Administration serait en cause sans distinction de genres ou d'espèces. Ces pratiques glissent ainsi dans le champ clos d'un infradroit. Par « infradroit », il faut entendre ici des pratiques normatives qui n'en participent pas moins du phénomène global de la normativité en dépit de l'occultation de leur fonction réelle par le droit positif.

2.1.1 La multiplication des interventions ponctuelles

Aux fins de l'organisation et du fonctionnement internes de l'Administration, le droit public se distingue du droit privé par un formalisme plus marqué. Sous prétexte que les institutions administratives sont créées par

115. « En dehors des règles administratives, point de salut ! » : PROTECTEUR DU CITOYEN, *Rapport annuel 1988-1989*, p. 8. Voir également le *Rapport annuel 1990-1991* à propos de la « rigidité des manuels d'opération qui encadrent de ciment l'application des programmes » (p. 11), ainsi que « le juridisme aveugle [...] de plusieurs ministères » (p. 20). Ces remarques du Protecteur laissent entrevoir l'importance de ces règles internes dans le règlement des plaintes et des difficultés entre certaines administrations et leurs usagers. Sur ce point, l'étude d'A.R. MOWBRAY, « The Parliamentary Commissioner and Administrative Guidance », (1987) *P.L.* 570-585, p. 575, permet de faire un rapprochement intéressant sur l'attitude de l'ombudsman britannique à l'égard de ces règles administratives, notamment par l'utilisation de la notion de « maladministration » pour corriger de graves lacunes liées à l'utilisation de ces règles internes.

le jeu d'interventions législatives, plusieurs lois organiques ont été conçues comme si le moindre pouvoir, fût-il exclusivement interne, devait être expressément formulé. Ce phénomène présente sensiblement les mêmes proportions pour les droits québécois et fédéral. Pour les pouvoirs de gestion interne, il en est résulté une multiplication d'interventions ponctuelles au fil de nombreuses lois organiques. Ainsi, à l'article 15 de la *Loi sur le Conseil des collèges*, une formule stéréotypée permet au Conseil de « faire des règlements de régie interne pour la conduite de ses affaires¹¹⁶ ». Pour certains organismes, ces règles doivent être approuvées par le ministre responsable¹¹⁷ ou par le Gouvernement¹¹⁸. Moins nombreux, d'autres organismes peuvent, selon une formule très générale, « pourvoir à leur régie interne¹¹⁹ », tandis que d'autres, plus étroitement contrôlés, ne peuvent agir en cette matière que sur intervention du Gouvernement¹²⁰.

-
116. *Loi sur le Conseil des collèges*, L.R.Q., c. C-57.1, art. 15. Pour les organismes possédant le statut de « conseil », il est facile d'en trouver plusieurs illustrations : *Loi sur le Conseil des affaires sociales*, L.R.Q., c. C-57, art. 16 ; *Loi sur le Conseil des communautés culturelles et de l'immigration*, c. C-57.2, art. 18 ; *Loi sur le Conseil des universités*, c. C-58, art. 16 : « Le Conseil peut, par règlement, statuer sur toute matière requise pour sa régie interne » ; *Loi sur le Conseil du statut de la femme*, L.R.Q., c. C-59, art. 17 ; *Loi sur le Conseil de la conservation et de l'environnement*, L.R.Q., c. C-56.1, art. 16. Quelques arrêts ont pour objet de litige des « règlements de régie interne » : *Chrétien c. Les Centres d'accueil Lanaudière*, (1984) C.S. 848 ; *La Commission scolaire régionale Lac St-Jean c. Villeneuve*, [1988] R.J.Q. 2410, 2421 (C.A.).
117. « La Régie peut, en séance plénière, adopter des règles pour sa régie interne [...] Ces règles [...] n'ont d'effet que si [elles] sont approuvé[e]s par le ministre de la Sécurité publique » : *Loi sur les permis d'alcool*, L.R.Q., c. P-9.1, art. 24.
118. *Loi sur le Conseil consultatif du travail et de la main-d'œuvre*, L.R.Q., c. C-55, art. 14 ; *Loi sur le Conseil supérieur de l'éducation*, L.R.Q., c. C-60, art. 10 d) ; *Loi sur la Régie de l'assurance-maladie du Québec*, précitée, note 90, art. 14.
119. « Le Conseil peut pourvoir à sa régie interne » : *Loi sur le Conseil de la famille*, L.R.Q., C-56.2, art. 19.
120. « Le gouvernement peut, par règlement, statuer sur toute matière requise pour la régie interne de l'Office » : *Loi sur l'Office de planification et de développement du Québec*, précitée, note 90, art. 15. Dans le même esprit, la version définitive de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, L.Q. 1991, c. 42 (Projet de loi 120) montre la volonté des autorités de resserrer leur contrôle sur la vie interne des établissements de santé puisque, désormais, c'est le Gouvernement qui peut, par règlement, « déterminer les règlements qu'une régie régionale ou un établissement peut ou doit édicter » (art. 505.6). Sous réserve de cette autorisation, l'« établissement peut édicter les règlements nécessaires à la conduite de ses affaires et à l'exercice de ses responsabilités » (art. 106). Mais comme les établissements peuvent être publics ou privés (art. 97), il est possible d'en tirer plusieurs conséquences sur la normativité interne dans le domaine de la santé : indifférenciation croissante du public et du privé pour la dilatation d'une normativité (« règlements ») dont on ne connaît pas réellement le statut, possibilités accrues d'en expliquer l'origine et la validité par un fondement législatif et réglementaire, d'où renforcement du droit d'origine étatique pour la reconnaissance de pouvoirs de réglementation interne.

D'emblée, il faut remarquer que le législateur emploie en droit québécois le terme « règlement » dans la formulation de ces dispositions¹²¹, alors que les expressions « réglementation », « réglementation interne », « régie interne » et « règlements » apparaissent à titre de termes signalétiques dans les marges¹²² pour permettre au lecteur de repérer une seule et même réalité : les règlements internes¹²³. Pour la conceptualisation du phénomène réglementaire en droit public, cette terminologie est de première importance. En effet, ces règlements internes ne sont pas assujettis à la procédure d'adoption des règlements au sens où l'entend la *Loi sur les règlements*^{123a}, même si, par ailleurs, cette loi présente une définition générale du terme « règlement¹²⁴ ». De toute évidence, pour l'ensemble du corpus des lois québécoises, l'appellation « règlement » n'est pas réservée uniquement à ce que les auteurs de droit public entendent habituellement par « pouvoir réglementaire¹²⁵ ». L'existence de règlements internes et de règlements à vocation générale montre l'urgence de dégager une notion plus fondamentale qui corresponde à la complexité de la production normative de l'État. Seule la notion d'acte réglementaire peut répondre à ce besoin, car elle permet de comprendre que le règlement formel (celui qui a suivi pour son élaboration les formalités exigées par la *Loi sur les règlements* ; d'où l'expression « un règlement au sens de la Loi de 86 ») n'est tout au plus qu'une catégorie parmi d'autres dans l'utilisation de la tech-

121. Les expressions « règles internes » ou « règles de régie interne » sont moins fréquentes. À titre d'exemple, voir la *Loi sur les permis d'alcool*, précitée, note 117, art. 24.

122. À des fins d'interprétation, la valeur des notes marginales reste controversée. Comme le rappelle P.-A. Côté, *Interprétation des lois*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1990, 766 pages, pp. 65-67, elles ne figurent dans le texte que pour en faciliter la consultation à titre de points de repère. Comme telles, elles ne font pas partie du texte voté par l'Assemblée nationale ou par le Parlement, ce qui ne veut pas dire pour autant qu'on ne doit en tenir aucun compte. Aux fins de notre étude, elles présentent un intérêt scientifique pour analyser les formules employées par les légistes dans un contexte de réglementation et de normativité.

123. La prépondérance de l'expression « règlement interne » est confirmée par l'article 3 de la *Loi sur les règlements*, L.R.Q., c. R-18.1, qui précise que les formalités de cette loi ne s'appliquent pas aux « règlements portant sur la régie interne ».

123a. *Loi sur les règlements*, précitée, note 123.

124. *Id.*, art. 3 (1). La définition du terme « règlement » est ainsi formulée : « Un acte normatif, de caractère général et impersonnel, édicté en vertu d'une loi et qui, lorsqu'il est en vigueur, a force de loi » (art. 1).

125. Aucune disposition de la *Loi sur les règlements* ne permet de réserver l'appellation « règlement » aux actes qui sont assujettis à la procédure prévue par cette loi.

nique réglementaire¹²⁶. Ce besoin est d'autant plus pressant que plusieurs actes unilatéraux du type ordonnance ou directive peuvent avoir une portée réglementaire (au sens traditionnel du terme) sans par ailleurs avoir fait l'objet des formalités prévues par la *Loi sur les règlements*¹²⁷. Pour bien clarifier les choses, il faut donc retenir que les actes réglementaires forment une vaste famille parmi laquelle on retrouve : les décrets de portée générale¹²⁸ ; les « règlements » au sens traditionnel du terme (rite de passage de la *Loi sur les règlements* qui leur confère explicitement et formellement ce caractère) ; certaines ordonnances, règles, règlements administratifs ou directives (lorsque le contexte législatif¹²⁹, l'interprétation judiciaire¹³⁰ et,

126. Loin de progresser vers une terminologie plus rigoureuse, le droit public, dans sa terminologie française, ne fait que perpétuer un certain nombre de confusions. Ainsi, dans un arrêt récent de la Cour suprême, *The Wholesale Travel Group Inc. c. Sa Majesté La Reine*, [1991] 3 R.C.S. 154, les juges ont affirmé que la *Loi sur la concurrence* est de « nature réglementaire » [sic], ce qui représente une traduction impropre de la version anglaise *regulatory context* afin de désigner une loi orientée vers la formulation d'infractions réglementaires.
127. En droit québécois, le législateur ne s'est pas prononcé explicitement dans la loi de 1986 en vue de réduire les interventions réglementaires de l'Administration aux seuls actes ayant fait l'objet des formalités prévues par cette loi. Tout au contraire, il reconnaît l'existence de nombreux « règlements » dont les modalités d'édiction échappent à l'application de la *Loi sur les règlements* : les règlements des établissements de santé, les règlements des collèges d'enseignement, les règlements des diverses composantes de l'Université du Québec, les décrets réglementaires du Gouvernement, etc.
128. La nature juridique de diverses catégories de décrets a retenu récemment l'attention de la Cour suprême dans le second *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1992] 1 R.C.S. 212.
129. À propos de « règlements administratifs », la *Loi sur la Société canadienne des ports*, L.R.C. (1985), c. C-9, en offre un bon exemple à l'article 39. Avec l'approbation du Gouvernement, « la Société peut prendre des règlements administratifs en vue de son fonctionnement, de la gestion de son personnel et de l'administration, la gestion et la régie des ports, ouvrages et biens placés sous sa compétence » (une longue énumération suit ce préambule). Ces règlements n'ont d'administratif que le nom puisque la Société peut fixer des sanctions pénales (amendes et emprisonnement) pour réprimer leur violation (art. 39 (1) j). Ces « règlements administratifs » peuvent aussi être rendus obligatoires pour Sa Majesté du chef du Canada ou d'une province (art. 39 (2)). De plus, en cas de violation ou d'inobservation, « la Société peut intervenir promptement, par l'intermédiaire des membres de son personnel, usant de force raisonnable, s'il y a lieu, pour en empêcher ou faire cesser la violation ou en ordonner l'observation, sans préjudice des peines prévues par ailleurs pour l'infraction » (art. 40). De toute évidence, il aurait été préférable que le législateur emploie le terme « règlements » pour désigner une réglementation qui n'a plus rien d'administratif ni d'interne.
130. À titre d'exemple, voir *Canadien Pacifique c. Commission canadienne des transports*, [1985] 2 C.F. 136, où la Cour fédérale, en appel, a reconnu un caractère réglementaire à la « Classification uniforme des comptes » adoptée sous le régime de l'ordonnance n° R-32999 du Comité des transports par chemin de fer en vertu de l'article 328 de la *Loi sur les chemins de fer*, S.R.C. (1970), c. R-2. Voir également : *Le ministre du Revenu national et la Reine c. Creative Shoes*, [1972] C.F. 993 ; *Fédération canadienne de la*

surtout, le contenu de leurs dispositions permettent de leur attribuer un caractère réglementaire); et, enfin, les règlements internes. La *summa divisio* n'en reste pas moins cette distinction de fond entre actes internes et actes externes. La confusion qui existe actuellement résulte simplement du fait que les juristes emploient le terme « règlement » pour désigner indistinctement une réalité formelle (le règlement soumis à la procédure d'élaboration de la *Loi sur les règlements*) et une notion (l'acte unilatéral de portée générale qui est opposable à une collectivité ou à un groupe abstraitement défini). La grande diversité des interventions réglementaires de l'Administration et du Gouvernement rend urgente cette dissociation de la forme et du fond.

Même si cette classification correspond davantage à la phénoménologie complexe de la technique réglementaire, la présente étude ne cherche pas à appréhender la normativité interne par l'emploi plus ou moins exclusif des termes « réglementation », « règlements internes » et « réglementaire ». Deux raisons précises motivent cette préférence pour la « normativité » et les « pratiques normatives ». En toute rigueur, il faut d'abord constater que les « règlements internes » (nommément désignés sous cette appellation) ne sont tout au plus qu'une catégorie particulière de normes internes. Ce constat est valable tant pour les institutions publiques que privées. Il faut ensuite admettre que le niveau de confusion atteint par le droit public sur ces questions est tel que la prudence s'impose pour ne pas l'aggraver davantage. Il est préférable de réserver les termes « règlement » et « réglementaire » aux actes « externes » directement opposables à l'ensemble de la collectivité (ou à une pluralité abstraite d'individus) suivant le

faune c. Canada (Ministre de l'environnement), [1989] 3 C.F. 309 ; sur cette affaire, voir C.J. GILLESPIE, « Enforceable Rights from Administrative Guidelines ? », (1989-90) 3 C.J.A.L.P. 204-213 ; *Friends of the Oldman River Society c. Ministre des Transports et Ministre des Pêches et des Océans*, [1990] 1 C.F. 248 et [1990] 2 C.F. 18 (C.A.F.) ; *Angus, le Conseil municipal de la Ville de Thunder Bay et Greenpeace Canada c. Sa Majesté la Reine et le ministre des Transports*, [1990] 3 C.F. 410. Dans *Sa Majesté la Reine du chef de l'Alberta et le ministre des Transports et le ministre des Pêches et Océans c. Friends of the Oldman River Society*, [1992] 1 R.C.S. 3, la Cour suprême a confirmé l'opposabilité des directives contenues dans le *Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement*, DORS/84-467, (1984) 118 *Gaz. Can.* II, 2794 : « en l'espèce, il s'agit d'une directive qui n'est pas simplement autorisée par une loi, mais qui doit être officiellement adoptée par « arrêté » et promulguée en vertu de l'art. 6 de la *Loi sur le ministère de l'Environnement*, sur approbation du gouverneur en conseil. Ce processus contraste vivement avec le processus habituel d'établissement de directives de politique interne ministérielle destinées à exercer un contrôle sur les fonctionnaires relevant de l'autorité du ministre » (36 (j. La Forest)). Sur les critères développés par la Cour suprême dans le second *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, précité, note 128, pour l'attribution du caractère réglementaire, voir *infra*, note 193.

procédé habituel propre aux interventions réglementaires de l'État. Cette prudence nous motive donc à réserver la notion d'acte réglementaire aux seuls actes externes qui sont la manifestation d'un pouvoir réglementaire (au sens formel et, également, au sens matériel), et ce, même si une approche plus rigoureuse montre l'existence d'actes réglementaires de portée interne en droit public. Par contre, pour le droit privé, nous restons convaincu qu'il existe des actes réglementaires privés. En droit public, la généralisation de l'emploi du terme « réglementaire » pour désigner l'ensemble de la normativité issue de l'appareil d'État risque cependant d'introduire une confusion dangereuse entre divers procédés n'ayant pas la même valeur normative et la même fonction. Par ailleurs, ces précautions de nature terminologique ne cherchent d'aucune façon à diminuer la complexité de la technique réglementaire en droit public.

Cette clarification, à laquelle il était difficile d'échapper compte tenu de la propension du législateur à employer les termes « règlement » et « réglementation » à diverses fins¹³¹, n'est pas toutefois de nature à résoudre la question du fondement de cette normativité interne ; la question est d'autant plus complexe que les pratiques normatives internes des institutions administratives ne recoupent que partiellement la notion de « règlement interne » au sens où l'entend le législateur. Peu importe la diversité de nature et de différenciation fonctionnelle qu'on peut observer entre ces pratiques normatives dites internes, l'argument de texte ne conserve qu'une portée limitée. Il est en effet illusoire d'attribuer une origine purement législative à cette normativité interne. En droit québécois, plusieurs organismes autonomes ne disposent d'aucune autorisation particulière à ce sujet. Fait plus significatif, les lois organiques des ministères ne font guère allusion aux règlements internes. En droit fédéral, l'attribution de ce type de pouvoirs varie également selon les lois ; la terminologie employée est différente de celle qui est observée au Québec¹³². Il faut donc

131. Dans l'affaire *Canadien Pacifique c. Commission canadienne des transports*, précitée, note 130, 149, le juge MacGuigan rappelait, en citant son propre rapport, les difficultés soulevées par ce désordre terminologique : « Il n'est pas très rare de trouver dans la loi le pouvoir d'édicter à la fois des « décrets » ou des « ordonnances », des « règles » et des « règlements » sans qu'on précise la différence entre ces termes. La confusion des noms ne tient pas seulement à l'emploi de nombreux mots différents pour décrire la même chose. Elle est aggravée par l'emploi du même mot pour décrire différentes choses. »

132. Le terme « interne » est à peu près inexistant dans les lois fédérales. Parmi de rares exemples, on peut signaler la *Loi sur l'Office national de l'énergie*, L.R.C. (1985), c. N-7, art. 8 d), qui autorise l'Office à « établir des règles concernant [...] de façon générale, la poursuite de ses travaux, son fonctionnement interne et les fonctions du personnel ». Le législateur fédéral emploie deux expressions, « règles » et « règlements administratifs » (respectivement *rules* et *by-laws*), sans qu'il soit possible de faire un lien exclusif avec le type de fonctions ou le statut de l'organisme. Dans l'ensemble, les

rechercher autre chose que de simples arguments de texte. Outre le fait que ce genre d'habilitation ponctuelle est inutile compte tenu de la compréhension manifestée par le juge à l'égard de la gestion interne en droit administratif, il ne faut pas perdre de vue que l'attribution de la personnalité morale à une autorité administrative suppose l'existence de moyens indispensables pour jouir de ce statut. Même si les personnes morales de droit public sont engendrées par un pouvoir qui leur est extérieur (la loi), elles ne peuvent parvenir à l'existence institutionnelle que moyennant l'utilisation de normes générales, notamment à des fins d'organisation interne. Dans la mesure où le droit privé fait preuve d'une grande tolérance pour admettre implicitement l'existence de règlements internes au sein des entreprises privées, il n'existe pas de motifs sérieux pour s'opposer à des pouvoirs similaires en droit public.

Pour parvenir à dégager la morphologie de l'ordre interne, les arguments de texte sont également d'un faible secours puisqu'ils ne nous éclairent pas sur l'étendue de ces pouvoirs internes, que ce soit pour leur domaine d'application ou pour leur utilisation en vue de la « conduite des affaires » de l'organisme. En fonction de l'économie générale d'une loi, peut-on prétendre que tout ce qui n'a pas été prévu par le législateur sur le chapitre du pouvoir réglementaire peut devenir objet de réglementation interne ? L'ordre interne peut-il acquérir une valeur résiduelle pour tout ce qui ne relève pas explicitement de la légalité externe ? Pour répondre à ce genre d'interrogations, il est probablement tout aussi vain d'en attendre davantage de la part du juge. Il faut toutefois reconnaître que l'évolu-

institutions administratives fédérales disposent de toute la latitude voulue pour « établir des règles relatives à la conduite de leurs travaux et de leurs activités en général ». À titre d'exemples : *Loi sur le Conseil consultatif canadien de l'emploi et de l'immigration*, L.R.C. (1985), c. C-4, art. 8 (1) ; *Loi sur la Commission canadienne du lait*, L.R.C. (1985), c. C-15, art. 9 (3) ; *Loi sur la Société canadienne des postes*, L.R.C. (1985), c. C-10, art. 11 ; *Loi sur la Société canadienne d'hypothèques et de logement*, L.R.C. (1985), c. C-7, art. 10 (3) ; *Loi sur les musées*, L.R.C. (1985), c. M-13.4, art. 22 : « Le conseil de chaque musée peut, par règlement administratif, régir l'administration, la gestion et la surveillance des biens du musée ainsi que son activité » (cette formulation présente une coloration patrimoniale qui renvoie implicitement au droit de propriété). Voir également pour un règlement interne d'Air Canada (autrefois société d'État) : *Joyal c. Air Canada et Procureur général du Canada*, [1976] C.S. 1211. Dans certains cas, l'autorisation du ministre est requise : *Loi sur le cinéma*, L.R.C. (1985), c. N-8, art. 8 (à propos de l'Office national du film), ou encore celle du gouverneur en conseil : *Loi sur le Conseil de recherches médicales*, L.R.C. (1985), c. M-4, art. 11 (1) ; *Loi sur le Conseil national de recherches*, L.R.C. (1985), c. N-15, art. 5 (1) a). Le terme « règlements » (*regulations*) est employé pour désigner ce qu'on entend habituellement par règlement ou acte réglementaire, encore que l'expression « règlements administratifs » serve parfois à dénommer la même réalité (voir *supra*, note 129).

tion jurisprudentielle des 15 dernières années a puissamment contribué à l'expansion des normes internes en droit public.

2.1.2 Les solutions retenues par le juge

Depuis plusieurs décennies, la croissance de l'appareil d'État a favorisé le développement d'une dynamique institutionnelle propice à l'expérimentation de nouvelles pratiques normatives. L'émancipation de la fonction normative est d'autant plus manifeste que l'Administration n'emprunte plus exclusivement le mode formel de la procédure législative et réglementaire pour formuler des objectifs, des programmes et des politiques. Les besoins de concertation entre divers partenaires publics et privés en vue de maîtriser des difficultés croissantes dans la gestion des problèmes technologiques, économiques et environnementaux nécessitent l'élaboration d'une doctrine scientifique et administrative où la rationalité juridique n'occupe qu'une place secondaire. Dans la mesure où l'essence de la normativité n'est plus la même que celle appréhendée par les juristes au siècle dernier, la désuétude du cadre conceptuel offert par le droit public n'en est que plus manifeste.

Pour éviter l'impasse majeure dans le fonctionnement des institutions, il ne faut donc pas s'étonner que le juge ait été appelé à combler l'écart de plus en plus grand entre la rigidité des règles traditionnelles et les multiples transformations de la normativité. Soucieux de les réconcilier avec certaines exigences de légalité, il a créé en définitive un cadre jurisprudentiel propice à l'utilisation d'une autre approche de la normativité, sans pour autant se livrer à une analyse approfondie de ce nouvel espace normatif. Loin d'être limitées à la fonction administrative classique, ces nouvelles orientations se reflètent également dans le cadre de la justice administrative.

2.1.2.1 L'existence de deux dimensions au sein de la fonction administrative classique

Dans les pays de tradition britannique, la modification unilatérale de l'ordonnancement juridique par l'État était traditionnellement du ressort exclusif de la loi. En toute orthodoxie, seule cette dernière, issue directement de la procédure parlementaire, ou devenue « législation déléguée » aux fins de la fonction réglementaire, pouvait être utilisée pour modifier l'ordre juridique global dont relève l'ensemble de la collectivité. Sans bouleverser fondamentalement ce schéma, la Cour suprême a néanmoins introduit deux nuances essentielles. En effet, dans deux arrêts de principe rendus la même année, *Capital Cities Communications* et *Martineau n° 1*, elle a dégagé deux approches qu'il ne faut pas confondre même si elles

relèvent de cet ordre juridique interne propre aux institutions administratives. Du même souffle, le cadre juridique dans lequel évolue la normativité administrative en est sorti complètement transformé pour le plus grand bénéfice de l'Administration qui peut désormais expérimenter de nouvelles formules.

Les normes issues de l'autolimitation du pouvoir discrétionnaire

La première dimension est celle de l'autolimitation du pouvoir discrétionnaire¹³³. Si ce n'était de cette confusion qui persiste dans les esprits, il ne serait sans doute pas nécessaire de s'attarder longtemps à ce régime qui a fait l'objet de plusieurs études au Québec¹³⁴. Avec l'affaire *Capital Cities*¹³⁵, le droit canadien a suivi un mouvement d'émancipation que connaissaient déjà le droit britannique depuis l'arrêt *British Oxygen*¹³⁶ et le droit français depuis l'arrêt *Crédit foncier de France*¹³⁷. Dans cette affaire

133. Sur ce thème, se reporter à D. MOCKLE, *op. cit.*, note 37, pp. 378-406.

134. D. LEMIEUX, « Le cadre juridique de la directive en droit québécois », dans *Mélanges Neville Brown*, Birmingham, 1991, pp. 175-192 (le sens attribué par cette étude à la notion de directive dépasse toutefois le cadre de l'autolimitation du pouvoir discrétionnaire pour englober l'ensemble des directives internes); J.-P. VILLAGI, « L'application de la directive et le rôle du tribunal administratif », dans *Développements récents en droit administratif*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1989, pp. 71-141; M. FILION, « Le pouvoir discrétionnaire de l'administration exercé sous forme de normes administratives: les directives », (1979) 20 *C. de D.* 855-899; W.J. ATKINSON, « La discrétion administrative et la mise en œuvre d'une politique », (1978) 19 *C. de D.* 187-232; H.L. MOLOT, « The Self-Created Rule of Policy and Other Ways of Exercising Administrative Discretion », (1972) 18 *McGill L.J.* 310-342.

135. *Capital Cities Communications c. Le Conseil de la Radio-Télévision canadienne*, [1978] 2 R.C.S. 141.

136. *British Oxygen Co. Ltd. v. Minister of Technology*, [1971] A.C. 610. Dans la droite ligne de cette affaire, voir: *Sagnata Investments Ltd. v. Norwich Corp.*, [1971] 2 Q.B. 614, [1971] 2 All E.R. 1441; *Findlay v. Secretary of State for the Home Dept.*, [1984] 3 All E.R. 801, [1985] A.C. 318. Sur le thème de l'autolimitation du pouvoir discrétionnaire en droit britannique, voir: J. JOWELL, « The Legal Control of Administrative Discretion », (1973) *P.L.* 178-220; D.J. GALLIGAN, « The Nature and Function of Policies Within Discretionary Power », (1976) *P.L.* 332-357; A.R. MOWBRAY, « Administrative Guidance and Judicial Review », (1985) *P.L.* 558-563; R. BALDWIN et J. HOUGHTON, « Circular Arguments: The Status and Legitimacy of Administrative Rules », (1986) *P.L.* 239-284; D.J. GALLIGAN, *Discretionary Powers: A Legal Study of Official Discretion*, Oxford, Clarendon Press, 1986, 401 pages.

137. C.E. 11 décembre 1970, *Crédit Foncier de France c. Dlle Gaupillat et dame Ader*, Rec. 750 (Concl. Bertrand); *R.D.P.* 1971, 1224 (Note M. Waline); *D.* 1971, 674 (Note D. Loschak); *J.C.P.* 1972.2.17232 (Note M. Fromont); M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVÉ et B. GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 9^e éd., Paris, Sirey, 1990, p. 646. Sur l'autolimitation du pouvoir discrétionnaire en droit français, voir: P. DELVOLVÉ, « La notion de directive », *A.J.D.A.* 1974, 459-473; J. BOULOIS, « Sur une catégorie nouvelle d'actes juridiques: les directives », dans

qui remonte à 1978, la Cour suprême a reconnu que le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC) pouvait se prévaloir des vastes pouvoirs qui lui étaient attribués par l'article 3 de la *Loi sur la radiodiffusion*^{137a} en vue de mettre en œuvre une politique générale de la radiodiffusion, notamment pour justifier la légalité d'une décision de refus fondée sur un énoncé de politique du Conseil relatif à la télévision par câble. Le principe de l'autolimitation est en fait très simple : lorsque l'Administration dispose de pouvoirs discrétionnaires pour apprécier le mérite de demandes présentées par des personnes privées (autorisations, permis, licences, prêts, bourses, subventions, aides matérielles, etc.), elle peut baliser l'exercice de sa discrétion par la formulation de normes générales contenues dans des documents aux appellations très diverses (guides, énoncés de politique, règles, codes, circulaires, directives, manuels). Les juges ont accueilli favorablement ces pratiques compte tenu des avantages qu'elles présentent pour un examen objectif, neutre, efficace et égalitaire de l'ensemble des demandes¹³⁸. Plutôt que de réserver sa discrétion pour un examen au cas par cas, avec toutes les lenteurs et la subjectivité que suppose ce genre d'approche, l'Administration préfère ainsi recourir à des normes générales pour accélérer l'évaluation des dossiers¹³⁹.

Mélanges Charles Eisenmann, Paris, L.G.D.J., 1975, pp. 191-203 ; F. CHEVALLIER, « Contribution à l'étude des actes directifs », thèse de doctorat, Paris, Université de Paris II, 1976, 324 pages ; P. PAVLOPOULOS, *La directive en droit administratif*, Paris, L.G.D.J., 1978, 268 pages ; D. MOCKLE, *op. cit.*, note 37, pp. 377-406 ; A. GIVAUDAN, « Du virus de la directive aux toxines des lois d'aménagement », *R.F.D.A.* 1987, 644-657 ; M. CLIQUENNOIS, « Que reste-t-il des directives ? À propos du vingtième anniversaire de l'arrêt *Crédit foncier de France* », *A.J.D.A.* 1992, 3-14.

137a. *Loi sur la radiodiffusion*, S.R.C. 1970, c. B-11.

138. Dans l'affaire *Cabalfin c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1991] 2 C.F. 235, les commentaires du juge Joyal reflètent cette attitude favorable : « À mon sens, on peut tout de suite affirmer sans risque d'erreur qu'aucune personne raisonnable n'oserait contester l'utilité de telles lignes directrices, qui sont destinées à guider les agents d'immigration dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire. Elles contribuent à garantir un certain degré d'uniformité et de concordance dans la façon dont sont traités des milliers de cas et à montrer clairement que, dans un cas donné, on s'abstient d'exercer ce pouvoir discrétionnaire avec une rigueur ou une indulgence excessive » (p. 245).

139. L'Administration ne peut toutefois recourir à des politiques générales lorsque la loi l'oblige à formuler ses critères et ses programmes par voie réglementaire : *Swan v. The Queen in right of Canada*, (1990) 67 D.L.R. (4th) 390 (C.F.). Dans cette affaire, le ministre des Transports avait formulé par voie de directive un programme de sécurité (*security clearance programme*) pour les employés privés qui travaillent dans les zones d'accès contrôlé au sein des aéroports fédéraux. En procédant à l'examen des dispositions de la *Loi sur l'aéronautique*, S.R.C. 1970, c. A-3, le juge Reed de la Cour fédérale de première instance en a conclu que le ministre n'avait pas le pouvoir de préciser ces mesures de sécurité par directive puisque cette compétence relevait du Gouvernement : « In my view, s. 3.7 (4) authorizes the Minister to carry out security measures which

Par leur caractère abstrait et impersonnel, ainsi que par le recours fréquent à une formulation par articles, ces normes générales ne se distinguent pas *a priori* des normes réglementaires. Leur régime contentieux n'en reste pas moins original puisque l'Administration ne peut s'en servir de façon rigide pour un examen purement mécanique des demandes. En pareil cas, il y aurait transformation illégale de son pouvoir discrétionnaire en pouvoir lié. Elle doit donc tenir compte, le cas échéant, des particularités de certaines demandes pour respecter l'exigence de l'examen individuel du dossier¹⁴⁰. En principe, les demandeurs peuvent invoquer les particularités de leur situation afin que l'Administration puisse éventuellement déroger aux normes qui avaient été préalablement formulées¹⁴¹. Par cette faculté de dérogation, l'Administration conserve ainsi dans toute son

have been established by regulation and any ancillary measures which the Minister considers necessary for the purposes of the regulations but it does not authorize the Minister to establish by policy directive what the statute contemplates will be prescribed by the Governor in Council by regulation » (p. 412). Il faut également signaler que les requérants ont tenté de contester la politique ministérielle en prétendant qu'elle devait répondre aux mêmes exigences de fond que les actes réglementaires (en l'occurrence, ne pas être vague, imprécise ni discriminatoire : pp. 412-417). Cet argument a été rejeté par le juge Reed : « such considerations apply only if the authority conferred on a Minister is legislative in nature ; they do not apply when that authority is administrative » (p. 417).

140. L'affaire *Cabalfin c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, précitée, note 138, en est un bon exemple puisque l'agent d'immigration avait omis d'exercer le pouvoir discrétionnaire reconnu par la loi en fondant son refus d'examen de la demande de résidence permanente présentée par le couple Cabalfin sur la politique d'exclusion de résidents en situation irrégulière du fait de leur entrée frauduleuse sur le territoire canadien (lignes directrices IE9 du *Guide de l'immigration*). En fonction de l'appréciation discrétionnaire conférée par le paragraphe 114 (2) de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), c. I-2, l'agent devait tenir compte d'autres faits pertinents pour voir si la demande pouvait éventuellement être accueillie pour des motifs d'ordre humanitaire. Voir également : *Yhap c. Le ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1990] 1 C.F. 722, 740-741 ; *Vidal c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, (1991) 13 Imm.L.R. (2d) 123 (C.F. 1^{re} inst.) ; *Dawkins c. Le ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1992] 1 C.F. 639, notamment 649 (J. Cullen). Pour un exemple du même type en droit social, voir *Canada Steamship Lines c. La Commission de la santé et de la sécurité du travail*, [1985] C.S. 745.

141. Dans l'affaire *Darlene Morin c. Sa Majesté La Reine*, [1992] 1 R.C.S. 771, désormais bien connue pour le droit d'une personne inculpée à être jugée dans un délai raisonnable, le juge Sopinka affirme en substance qu'« une ligne directrice administrative peut servir à évaluer la période acceptable qui peut être attribuée à un délai institutionnel ». Il prend néanmoins le soin d'ajouter que « cette ligne directrice n'est ni une période de prescription ni une durée maximale... [elle] n'est pas destinée à être appliquée d'une manière purement mécanique. Elle doit se prêter à l'application d'autres facteurs et céder devant ceux-ci » (p. 796). Même si le terme « directive » n'est pas employé, il s'agit néanmoins de lignes directrices qui ne font pas obstacle à d'éventuelles dérogations, et qui, de ce fait, correspondent à la notion de directive dans le contexte de la fonction administrative classique, même si, en l'occurrence, il s'agit de l'administration de la justice.

intégrité, du moins sur le plan des principes, cette possibilité d'appréciation discrétionnaire du mérite d'une demande. Par un contrôle du type minimal, le juge vérifie, en cas de litige, si l'Administration a bien tenu compte de la situation particulière du demandeur en procédant à l'examen individuel du dossier.

Aux fins de leur opposabilité, ces normes reflètent une situation un peu insolite. Pour répondre aux besoins de l'évaluation des demandes particulières ou individuelles, elles sont, contrairement aux idées reçues, opposables aux intéressés¹⁴². En revanche, si l'Administration juge opportun de ne pas les appliquer pour tenir compte des particularités d'un dossier, ou pour considérer d'autres éléments pertinents pour l'application de la loi, les intéressés ne pourront pas s'en prévaloir en vue de contester un refus. Les autorités ne peuvent être contraintes d'appliquer ces normes indépendamment de la nature des demandes qui leur sont soumises, car, en pareille hypothèse, il y aurait abdication de leur pouvoir discrétionnaire. Ces normes ne lient pas l'Administration. Une dérogation qui ne repose pas sur des considérations étrangères à l'esprit de la loi et qui reste conforme à certains principes généraux (l'équité et la bonne foi dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire) ne peut être contestée par les administrés comme le montre bien l'affaire *Maple Lodge* à propos d'un refus de licence d'importation de poulets¹⁴³. Le procédé joue donc à sens unique puisque l'Ad-

142. L'affaire *Jacobs c. L'Office de stabilisation des prix agricoles*, [1982] 1 R.C.S. 125, en offre un bon exemple puisque la Cour suprême a reconnu que l'Office détenait implicitement, en fonction des pouvoirs discrétionnaires attribués par la *Loi sur la stabilisation des produits agricoles*, S.R.C. 1970, c. A-9, la faculté de limiter le droit des producteurs de pommes à bénéficier de subventions sur la base de limites quantitatives quant au nombre de livres de pommes commercialisées. La Cour a utilisé de façon explicite l'approche dégagée dans l'arrêt *British Oxygen Co. Ltd. v. Minister of Technology*, précité, note 136.

143. *Maple Lodge Farms Ltd. c. Le gouvernement du Canada et le ministre au Développement économique chargé de l'Industrie et du Commerce*, [1982] 2 R.C.S. 2. En vertu du pouvoir discrétionnaire qui lui était reconnu par l'article 8 de la *Loi sur les licences d'exportation et d'importation*, S.R.C. 1970, c. E-17, le ministre de l'Industrie et du Commerce pouvait formuler des conditions générales (par énoncés de politique) relatives à l'octroi des licences d'importation. Ces lignes directrices ne pouvaient toutefois restreindre son pouvoir discrétionnaire en vue de tenir compte d'autres facteurs, comme il l'a fait en l'espèce pour opposer un refus fondé sur une appréciation générale des conditions du marché canadien. L'appelante a contesté ce refus en invoquant le respect des principes formulés dans les lignes directrices. Au nom de la Cour, le juge McIntyre a rejeté cette prétention : « C'est la Loi qui accorde le pouvoir discrétionnaire et la formulation et l'adoption de lignes directrices générales ne peut le restreindre. Il n'y a rien d'illégal ou d'anormal à ce que le ministre chargé d'appliquer le plan général établi par la Loi et les règlements formule et publie des conditions générales de délivrance de licences d'importation [...] Donner aux lignes directrices la portée que l'appelante allègue qu'elles ont équivaldrait à attribuer un caractère législatif aux directives ministérielles et entraverait l'exercice du pouvoir discrétionnaire du Ministre » (p. 4).

ministration peut à tout moment juger préférable de ne pas appliquer ses propres normes pour tenir compte de nouveaux facteurs, à condition que ces derniers soient conformes aux intentions du législateur (à titre d'exemples : l'intérêt général, les ressources budgétaires et financières, les conditions du marché, les enjeux environnementaux et économiques). En dépit des apparences, ce procédé présente également des avantages pour les administrés puisque la formulation de normes générales valables pour tous réduit la part d'improvisation et d'arbitraire inhérente à toute approche fondée sur le cas par cas¹⁴⁴. Encore faut-il que les intéressés puissent en avoir connaissance pour orienter la nature de leur demande en fonction des critères retenus par l'Administration, ce qui reste encore aléatoire en l'état actuel du droit puisque ces normes ne sont pas assujetties à aucune exigence de publication¹⁴⁵.

144. « Il est utile que les demandeurs de licences connaissent les grandes lignes de la politique et de la pratique que le Ministre entend suivre » : *Maple Lodge Farms Ltd. c. Le Gouvernement du Canada*, précité, note 143, j. McIntyre. Depuis l'affaire *Hufsky c. Sa Majesté La Reine*, [1988] 1 R.C.S. 621, 633 (j. Le Dain), la Cour suprême attache désormais beaucoup d'importance à la formulation de normes et de critères pour baliser l'exercice du pouvoir discrétionnaire : « Un pouvoir discrétionnaire est arbitraire s'il n'y a pas de critère, exprès ou tacite, qui en régit l'exercice. » Il n'est pas toutefois nécessaire que ces critères atteignent un degré de précision absolue. Il suffit simplement qu'il y ait des restrictions et des limites à l'exercice du pouvoir discrétionnaire comme le montre, par analogie, l'affaire *Nova Scotia Pharmaceutical Society c. Sa Majesté La Reine*, Cour suprême n° 22473, 9 juillet 1992, à propos de la théorie de l'imprécision en droit public (cette théorie ne s'applique pas aux directives). Pour une contribution récente, voir P. BIENVENU, « La nullité pour imprécision : émergence et perspective d'avenir en droit constitutionnel canadien », dans *SERVICE DE FORMATION PERMANENTE, BARREAU DU QUÉBEC, Développements récents en droit administratif* (1992), Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1992, pp. 93-119. Sur l'imprécision, voir également *Irwin Toy Ltd. c. Procureur général du Québec*, [1989] 1 R.C.S. 927, ainsi que *R. c. Comité pour la République du Canada*, précité, note 27, 209-215 (j. L'Heureux-Dubé). Dans ces arrêts, il s'agit de restrictions prescrites par des « règles de droit », au sens classique du terme, notamment des dispositions législatives ou réglementaires. Les applications de la théorie de l'imprécision en droit administratif se limitent à des règlements. En l'état actuel du droit, cette théorie ne peut être utilisée pour contester des règles administratives trop générales ; voir notamment la réponse négative de la Cour fédérale dans l'affaire *Swan v. The Queen*, précitée, note 139. Les règles traditionnelles de délégation du pouvoir discrétionnaire permettent toutefois d'atteindre un résultat similaire si l'Administration ne fait que reconduire en termes plus ou moins identiques une discrétion conférée par la loi : *Brant Dairy et Walkerton Dairies c. The Milk Commission of Ontario et The Ontario Milk Marketing Board*, [1973] R.C.S. 131.

145. Bien qu'elles ne soient pas assujetties aux formalités prévues dans la *Loi sur les règlements*, L.R.Q., c. R-18.1, pour la publicité des règlements, les directives ne sont pas pour autant des documents internes couverts par les règles du secret administratif. Outre le fait qu'il est possible d'en obtenir copie par le jeu des garanties générales offertes par la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*, L.R.Q., c. A-2.1, art. 9 (ce type de documents ne figure

Pour clarifier le régime de l'autolimitation du pouvoir discrétionnaire, la doctrine a dégagé la notion de directive. Distincte de l'acte réglementaire, cette dernière serait ainsi l'expression d'une technique originale au sein des pratiques normatives de l'Administration¹⁴⁶. Cette volonté de rationalisation se heurte toutefois à l'ésotérisme du juge et du législateur dans l'emploi des appellations. Dans de nombreuses lois, le terme « directive » ne correspond pas à la notion du même nom, mais plutôt à d'autres types de normes, purement internes ou réglementaires. Dans la terminologie employée par le législateur, il n'y a aucune adéquation entre le fond et la forme. Il en résulte une remarquable confusion sur la nature juridique des divers procédés normatifs expérimentés par l'Administration, peu importe que leur origine découle ou non de la loi.

Sur le plan des principes, le procédé de la directive n'en conserve pas moins son originalité dans l'univers des catégories juridiques. Ce qui fait toutefois problème, c'est qu'il est confondu avec les normes organisationnelles à vocation purement interne, lesquelles répondent à d'autres besoins. Certes, la directive appartient à l'univers de la normativité interne. Mais puisqu'elle est opposable aux administrés pour l'évaluation de leurs demandes, elle apparaît en réalité comme un compromis entre les normes réglementaires classiques et les normes administratives qui sont des me-

pas dans les exceptions prévues par la loi, notamment l'article 36 ; il faut néanmoins tenir compte des restrictions relatives au fonctionnement du Conseil exécutif (art. 30)), la personne touchée par une décision importante pourrait chercher à invoquer les règles de l'équité procédurale. L'obtention du document sur lequel sont formulées des directives apparaît de plus en plus comme une condition minimale pour que l'intéressé puisse être informé adéquatement sur la nature des éléments de droit retenus pour l'évaluation de son dossier. À la lumière du texte, il est en mesure de présenter des observations écrites ou orales en vue d'inciter l'Administration à modifier ses positions. En pareil cas, cet accès au texte d'une directive doit être évalué en fonction des principes généraux de l'équité procédurale (nature de la décision, effet de la décision sur l'intéressé, nature du lien entre l'Administration et l'administré) tels qu'ils ont été explicités dans *The Board of Education of the Indian Head School Division c. Knight*, [1990] 1 R.C.S. 653 (J. L'Heureux-Dubé). Pour en savoir davantage sur les principes de l'équité procédurale, voir R. DUPONT et L. LESAGE, « L'équité procédurale », dans SERVICE DE FORMATION PERMANENTE, BARREAU DU QUÉBEC, *Développements récents en droit administratif* (1990), Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1990, pp. 121-195.

146. Moins nombreux sont toutefois les auteurs qui s'interrogent sur la signification réelle du procédé de la directive sur la base d'un rapprochement avec les actes réglementaires. Tel est par exemple le cas de J.-P. VILLAGI, *loc. cit.*, note 134, p. 84, qui oppose aux idées reçues un questionnaire plus lucide : « En fait, on peut se demander si, en l'espèce, ces directives ne constituent pas de véritables règlements qui auraient un effet juridique réel ». Voir également les doutes et les interrogations soulevés dans D. MOCKLE, *op. cit.*, note 37.

sures d'ordre interne¹⁴⁷. Loin d'être en complète opposition avec la légalité générale, l'ordre interne présente ainsi une gradation subtile entre une légalité purement interne, propre à la sphère intérieure d'une institution, et une légalité intermédiaire, dont les effets ne se limitent pas à l'utilisation de règles prescriptives aux seules fins du bon fonctionnement interne de l'Administration.

L'inopposabilité des normes institutionnelles

Malgré son importance, le phénomène de l'autolimitation du pouvoir discrétionnaire par la formulation de directives ne semble pas réellement compris et assimilé. Il est en fait confondu à des degrés divers avec l'ensemble des mesures internes, ce qui explique, du moins en partie, qu'il puisse être relégué à l'arrière-plan. Par exemple, dans leurs développements consacrés aux directives à titre de normes « non réglementaires », R. Dussault et L. Borgeat dégagent une dimension qui correspond aux mesures d'ordre interne, car leur portée ne dépasse guère la seule dimension institutionnelle¹⁴⁸. Ces règles purement internes sont inopposables aux tiers avec, pour contrepartie, le fait que ces derniers ne peuvent à leur tour s'en prévaloir. Par contre, P. Garant, afin de clarifier le caractère distinct des actes réglementaires et pararéglementaires, décrit un régime qui correspond à la notion de directive¹⁴⁹. Quant à l'évolution jurisprudentielle des dernières années, elle montre que le juge assimile de plus en plus l'ensemble des pratiques normatives du type circulaire ou directive à des mesures de régie interne, quitte, le cas échéant, à les annuler dans le cas d'un litige, après avoir constaté qu'elles présentent un caractère réglemen-

147. À propos de la directive, P. GARANT, *op. cit.*, note 6, p. 354, conclut à l'existence de « normes quasi réglementaires ».

148. « Les directives édictées par l'Administration sont habituellement des règles de portée interne, car elles ont pour but de régir l'activité à l'intérieur d'une entité administrative. Au sens strict, les directives édictées par une entité administrative ne s'adressent qu'aux fonctionnaires qui sont sous son autorité ou sous son contrôle » : R. DUSSAULT et L. BORGEAT, *op. cit.*, note 1, p. 418. Cette interprétation avait été retenue dans la première édition de l'ouvrage de R. DUSSAULT, *Traité de droit administratif canadien et québécois*, t. 1, Québec, PUL, 1974, 979 pages, p. 691 (les directives apparaissaient comme la manifestation de « pouvoirs d'ordre intérieur ») : « Les pouvoirs de nature juridique dont l'objet se situe à l'intérieur de l'Administration n'ont pas de conséquences directes sur les administrés. Ils se traduisent généralement par des mesures « visant l'aménagement interne et le fonctionnement des services ». »

149. « La directive sert souvent à l'encadrement de l'exercice du pouvoir discrétionnaire et de ce fait peut assujettir les administrés au respect de certains critères ou conditions en vue de l'obtention d'une autorisation, d'une subvention ou autre avantage. L'administré qui, par ailleurs, s'y conforme n'est pas dépourvu de tout recours » : P. GARANT, *op. cit.*, note 6, p. 354. R. DUSSAULT et L. BORGEAT, *op. cit.*, note 1, p. 310, analysent cette dimension sous l'angle des « politiques administratives ».

taire qui n'est pas conforme à l'intention du législateur¹⁵⁰. Ce rétrécissement à la seule organisation interne est également sensible dans l'approche suivie par certains juges de la Cour suprême, comme en témoigne une remarque du juge Lamer dans l'arrêt *Comité pour la République du Canada*¹⁵¹. La tendance actuelle privilégie donc l'inopposabilité de la normativité interne sans distinction de genres ou de catégories.

Cette approche présente l'inconvénient de gommer deux dimensions essentielles qui ne peuvent être confondues avec l'autolimitation du pouvoir discrétionnaire :

150. *Commission de la santé et de la sécurité du travail c. Papeterie Reed Ltée*, [1988] R.J.Q. 1199 (C.A.). L'affaire *Dlugosz c. Le procureur général du Québec*, [1987] R.J.Q. 2312 (C.A.), en offre un bon exemple à propos de deux politiques de contingentement du corps médical émanant directement du Conseil des ministres. Pour la première (politique n° 85-32), la Cour d'appel a refusé de reconnaître un effet normatif, alors que la seconde (politique n° 84-226) a été annulée parce qu'elle modifiait illégalement les droits et obligations d'une catégorie d'administrés. En concluant le jugement rendu au nom de la Cour, le juge Gendreau adopte une position de principe en réduisant la portée de ces pratiques à des effets d'ordre interne, même si leur existence est explicitement reconnue par le législateur : « le pouvoir d'adopter des politiques ou directives est quelquefois explicite dans la loi, mais cela ne change rien à leur caractère propre ; elles auront toujours pour effet de régler l'administration de celui qui l'édicte et non de « toucher aux droits ou obligations des tiers » » (p. 2318). Il est toutefois excessif de prétendre qu'elles auront « toujours » cette portée purement institutionnelle, car le contexte peut (comme le montrent précisément l'affaire *Dlugosz* ainsi que l'affaire *C.S.S.T. c. Papeterie Reed*) permettre la reconnaissance du caractère réglementaire (sans pour autant emporter l'annulation de l'acte) ou l'utilisation de la théorie des directives. Saisie d'une affaire, la Cour peut fort bien se prononcer en faveur de l'opposabilité : *Collin c. Lussier*, [1983] 1 C.F. 218, 233 ; voir également les arrêts cités, *supra*, note 130, notamment l'affaire *Friends of the Oldman River Society*.

151. « Les directives ou politiques internes du gouvernement diffèrent essentiellement des lois et règlements dans la mesure où elles ne sont généralement pas publiées et de ce fait connues du public. Par surcroît, elles ne lient de façon obligatoire que les agents du gouvernement et peuvent être modifiées ou répudiées en toute discrétion » : *R. c. Comité pour la République du Canada*, précité, note 27, 164. Dans le contexte de cette affaire, cette interprétation est juste puisque la politique interne relative à la présence du public dans les aéroports fédéraux ne relève pas du phénomène de l'autolimitation du pouvoir discrétionnaire. Par sa dimension institutionnelle orientée vers le maintien de l'ordre public interne au sein des aéroports fédéraux, cette politique ne dépasse guère des considérations de police intérieure. Ce qui est toutefois plus problématique, c'est que le juge en chef s'exprime en des termes généraux, tout comme si l'ensemble de ces pratiques (directives, politiques, etc.) n'avaient pour seul objet que l'organisation du travail des diverses catégories de personnel au sein de la Fonction publique. D'autres dimensions sont ainsi perdues de vue, notamment le statut des groupes internes d'usagers et de bénéficiaires.

- De nombreuses notes et directives expédiées à l'attention d'autorités subalternes n'ont pas pour objet de préciser les conditions d'élaboration ou d'attribution de permis, de licences, de subventions ou d'aides de toute nature qui touchent directement les intérêts des demandeurs. Ces règles, de nature budgétaire ou organisationnelle, ne concernent d'aucune façon les tiers et restent étroitement limitées à la sphère interne des institutions administratives ;
- De même, d'autres règles, élaborées à des fins de police intérieure, ont pour objet de normaliser le comportement de certains groupes de personnes captives directement intégrées à la sphère interne d'un établissement (détenus, usagers des unités de soins prolongés ou de soins psychiatriques dans les établissements de santé) ou celui de groupes d'usagers où la fréquentation d'un établissement public reste limitée dans le temps (universités et établissements d'enseignement de toute nature, aéroports, musées, centres sportifs, etc.). Cette dimension originale est celle de la police intérieure des établissements publics où les individus sont astreints au respect de règles impératives en leur qualité expresse d'usagers. Même si ces règles internes ne se traduisent pas forcément par des « décisions » (au sens habituel du terme), leur poids reste considérable pour la vie quotidienne de ces usagers.

Plutôt que de conclure trop rapidement que cette légalité interne ne concerne que les seuls agents et fonctionnaires de l'Administration à des fins de gestion interne, il est important de revenir à l'arrêt de principe en cette matière : l'affaire *Martineau n° 1*¹⁵². Avant d'en rappeler le sens et la portée, il n'est pas inutile de s'attarder un peu sur ce qui pourrait en être le bon usage. En effet, la prudence est de rigueur car il s'agit d'une affaire qui a prématurément vieilli : antérieure à la *Charte canadienne des droits et libertés* et précédant de peu l'apparition de l'équité procédurale¹⁵³, elle ne conserverait tout au plus qu'un intérêt historique (l'issue en serait fort différente aujourd'hui) si ce n'était de la portée considérable qu'elle présente pour la généalogie de l'ordre interne.

Dans un contexte de droit carcéral, le commissaire des pénitenciers s'était prévalu des pouvoirs qui lui étaient explicitement reconnus par

152. *Martineau et Butters c. Le Comité de discipline des détenus de l'Institution de Matsqui*, [1978] 1 R.C.S. 118.

153. *Nicholson c. Haldimand Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 R.C.S. 311. La réprobation suscitée à l'époque par l'affaire *Martineau n° 1* a contribué directement à l'apparition de nouvelles orientations plus favorables aux administrés dans l'arrêt *Nicholson*.

l'article 29 (3) de la *Loi sur les pénitenciers*¹⁵⁴ pour formuler dans sa directive n° 213 des règles procédurales pour le déroulement des affaires de caractère disciplinaire. Par une mince majorité (cinq contre quatre), la Cour a refusé que les deux détenus inculpés puissent se prévaloir des garanties offertes par cette directive pour deux motifs : les décisions de nature disciplinaire ne relèvent pas d'un processus quasi judiciaire et la portée de la directive ne dépasse pas le niveau de simples instructions formulées à l'attention du personnel des établissements pénitentiaires. Dans un passage resté célèbre, le juge Pigeon, au nom de cette majorité, a clairement reconnu derrière cette directive, l'affirmation d'« un pouvoir administratif qui existerait même en l'absence d'une disposition expresse de la Loi¹⁵⁵ ». À toutes fins utiles, la Cour admettait, avec une telle approche, l'existence d'une sphère administrative interne dont les administrés et les usagers restent exclus. Peu soucieux de clarifier la nature de cet ordre interne, les juges limitent désormais leurs commentaires au constat de

154. À l'époque la *Loi sur les pénitenciers*, S.R.C. 1970, c. P-6. Il est intéressant de relever que ce pouvoir directif avait été explicitement reconnu par la loi pour répondre aux exigences de fonctionnement et d'organisation du Service pénitentiaire : « Sous réserve de la présente loi et de tous règlements édictés sous le régime du par. (1), le commissaire peut établir des règles, connues sous le nom d'Instructions du commissaire, concernant l'organisation, l'entraînement, la discipline, l'efficacité, l'administration et la direction judiciaire du Service, ainsi que la garde, le traitement, la formation, l'emploi et la discipline des détenus et la direction judiciaire des pénitenciers » (par. 29 (3)). Il est difficile de trouver meilleur exemple pour saisir cette réalité de l'ordre juridique interne propre aux institutions administratives. Cette disposition avait été conservée en des termes à peu près identiques dans la *Loi sur les pénitenciers*, L.R.C. (1985), c. P-5, par. 37 (3). Dans le cadre de la nouvelle *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, Projet de loi C-36, 3^e session, 34^e législature (Can.) (devenu le c. 20), ce pouvoir directif se résume à la formulation de règles pour la gestion du Service (art. 97 et 98). Nette amélioration, le paragraphe 98 (2) précise ceci : « Les directives doivent être accessibles et peuvent être consultées par les délinquants, les agents et le public » ; voir également l'alinéa 98 (4) c). Pour une comparaison avec le droit français, voir F. MODERNE, « Les mesures d'ordre intérieur et l'institution carcérale », *R.F.D.A.* 1984, 187-194.

155. Le juge Pigeon s'est exprimé en ces termes : « Ce n'est pas en qualité de législateur que le commissaire est habilité à établir des directives, mais en qualité d'administrateur. Je suis convaincu qu'il aurait l'autorité d'établir ces directives même en l'absence d'une disposition législative expresse. À mon avis, le par. 29 (3) doit être considéré de la même manière que bien d'autres dispositions de nature administrative concernant les services de l'administration et qui énoncent simplement un pouvoir administratif qui existerait même en l'absence d'une disposition expresse de la Loi » : *Martineau et Butters c. Le Comité de discipline des détenus de l'Institution de Matsqui*, précité, note 152, 129.

l'exclusion des tiers faute de pouvoir attribuer aux règles qui font l'objet du litige « un caractère législatif » (*rules of legislative force*)¹⁵⁶.

Cet arrêt n'en a pas moins été à l'origine de plusieurs malentendus, surtout en ce qui concerne la juridicité de cet ordre interne et le statut des usagers qui y sont intégrés.

Le plus grave danger serait sans conteste celui de confondre ces normes internes avec de simples mesures matérielles, bref l'inopposabilité (le non-effet de droit envers les tiers) avec le non-droit. À cet égard, la terminologie employée par le juge Pigeon n'est pas très heureuse : en évoquant des « directives de nature administrative » qui ne seraient que l'expression d'un « pouvoir administratif », la Cour laissait ainsi en suspens le problème de la juridicité de ces pratiques. Il n'est pas nécessaire de s'attarder longtemps sur le flou de cette notion (« pouvoir administratif »)

156. Il est intéressant de souligner la similitude de l'arrêt *Martineau n° 1* avec une affaire britannique qui, à peu de distance, en est en quelque sorte l'équivalent : *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Hosenball*, [1977] 3 All E.R. 452. Journaliste de nationalité américaine, M.J. Hosenball a fait l'objet en février 1977 d'une ordonnance d'expulsion au motif qu'il avait obtenu à des fins de publication de l'information de nature à compromettre la sécurité des serviteurs de la Couronne britannique et qu'en conséquence des considérations liées à la sécurité nationale justifiaient son éviction du territoire national. La lettre qui lui avait été signifiée ne précisait rien de plus. Afin de contester cette ordonnance, ses avocats ont cherché à se prévaloir de la règle n° 42 du *Statement of Immigration Rules for Control after Entry : EEC and Other Non-Commonwealth Nationals* remontant à janvier 1973. Cette règle énonçait clairement le droit des personnes faisant l'objet de telles ordonnances à être informées, dans les meilleurs délais, de la nature des faits qui leur sont reprochés en vue de se faire entendre devant trois agents du Home Office. Cette requête a été rejetée au motif qu'il n'était pas dans l'intérêt de la sécurité nationale d'ajouter quoi que ce soit à l'ordonnance d'expulsion. La Cour d'appel a confirmé la position du Home Office en considérant que la règle n° 42 n'était pas une *rule of law* dont le requérant pouvait se prévaloir. À propos de ces *Immigration Rules*, lord Denning a affirmé : « They are not rules of law [...] they are not rules in the nature of delegated legislation so as to amount to strict rules of law » (p. 459). Tout en refusant de leur reconnaître une quelconque forme d'opposabilité, le juge britannique ne parvient pas toutefois à en expliquer la nature juridique. Son embarras est en fait très grand comme le révèlent, toujours dans cette affaire, les commentaires du juge Geoffrey Lane : « These rules are very difficult to categorise or classify. They are in a class of their own. They are certainly a practical guide for the immigration officers at the various ports and airports of the country, who have the everyday task of trying to administer the Immigration Act 1971. Indeed they are, as to large parts [...] little more than explanatory notes of the Act itself » (p. 463). De même, le juge Cumming-Bruce en arrive à des conclusions identiques à celles de ses collègues : « for my part, having scrutinised them, and observed that curious amalgam of information and description of executive procedures, they are not in my view in any sense of themselves of legislative force » (p. 466). Entre la non-juridicité et la non-opposabilité, le juge britannique évolue ainsi dans une zone trouble qu'il appréhende avec difficulté.

issue de la terminologie anglo-saxonne¹⁵⁷. Par ailleurs, le juge Pigeon n'évoque pas explicitement l'existence d'un ordre juridique interne, même si c'est confusément ce qu'il cherche à appréhender. Ces difficultés sont en grande partie le résultat de l'opposition simpliste entre « administratif/ législatif ». Dans la pure fiction de l'orthodoxie anglo-saxonne, tout se passe comme si l'existence de normes unilatérales à portée générale ne pouvait qu'être de la « législation », pour ainsi rejeter dans les limbes d'autres expressions de la normativité. Dans le droit public de tradition britannique, les juristes ne disposent pas des éléments nécessaires pour dissocier normes générales et *law*, d'où ce blocage pour reconnaître l'existence, ainsi que l'originalité, d'autres manifestations de la normativité. Avec les normes réglementaires, les directives et les normes internes, cette normativité, loin de se confondre avec les normes législatives, est éminemment plurielle.

Du seul fait de l'existence de règles prescriptives dans ces pratiques normatives du type directives, circulaires ou énoncés de politiques, leur juridicité ne peut être niée¹⁵⁸. R. Dussault l'avait d'ailleurs bien compris, en assimilant, dès 1974, les pouvoirs d'ordre intérieur à des pouvoirs de nature juridique¹⁵⁹. Il opposait ainsi ces pouvoirs internes aux pouvoirs exécutifs (c'est la faculté reconnue à l'Administration de modifier les droits de la collectivité par des actes de portée générale ou individuelle), ce qui représente l'approche habituelle pour appréhender l'existence de la légalité interne, au sens d'un ordre juridique interne, par opposition à la légalité générale (l'ordre juridique externe qui représente ce qu'on entend généralement par « la légalité »). Aux fins de l'application de la *Charte canadienne des droits et libertés*, cette question est d'une importance cruciale¹⁶⁰.

Cette division entre sphères interne et externe repose pour l'essentiel sur l'existence d'un ordre normatif du type institutionnel. En l'état actuel de la jurisprudence, les tiers en restent exclus car ces normes n'auraient

157. Traditionnellement, le « pouvoir administratif » a été interprété comme le pouvoir de prendre une décision individuelle pour modifier les droits d'une personne déterminée ; voir à ce sujet R. DUSSAULT, *op. cit.*, note 148, p. 678. Dans la perspective de normes générales formulées par le moyen de directives, cette notion n'est d'aucune utilité. Elle n'offre aucun élément susceptible de clarifier la nature juridique de ce qui est sans conteste des normes juridiques.

158. Aux fins de l'application des articles 1, 15 et 52 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, la juridicité des pratiques administratives internes n'a pas encore été suffisamment clarifiée compte tenu des solutions retenues par la Cour suprême sur la portée respective de ces dispositions de la Charte. Sur cette dimension, voir *infra*, note 176.

159. R. DUSSAULT, *op. cit.*, note 148, p. 691. Voir également P. ISSALYS et P. GARANT, *op. cit.*, note 113, p. 54, qui se prononcent en faveur de l'existence de règles de droit.

160. Voir, *infra*, les développements consacrés à cette question.

pour seuls destinataires que le personnel chargé de leur application¹⁶¹, ce qui revient, dans certains cas, à exclure également les employés lorsqu'ils se retrouvent dans une situation similaire à celle des administrés. En effet, si la circulaire ou la directive a pour objet leur statut à titre d'agents de l'État, ils ne peuvent se prévaloir de dispositions qui ne présentent pas un caractère réglementaire à leur égard¹⁶². Comme de simples administrés, ils se retrouvent ainsi en position de tiers pour cause d'inopposabilité des normes internes à ceux qui n'occupent pas le rôle d'agents responsables de leur application. En l'état actuel du droit, ces normes internes n'ont pour seuls destinataires que ces agents subalternes, même si ce sont d'autres fonctionnaires qui en font l'objet à titre de salariés.

Pour ceux qui sont traditionnellement considérés comme des « tiers », cette approche est pour le moins sommaire car elle gomme implicitement la question des usagers qui sont intégrés à des degrés divers à la marche interne d'un établissement : les personnes « admises » dans les établissements psychiatriques et les maisons de détention, les personnes reçues dans les établissements de santé, les étudiants qui fréquentent le réseau scolaire, collégial ou universitaire, etc. Dans la mesure où il y a enfermement pur et simple de certains de ces usagers involontaires, il est pour le moins insolite de les concevoir comme des « tiers »¹⁶³. En suivant l'approche retenue par les tribunaux, il faudrait donc en conclure que les directives destinées à l'organisation globale de la vie dans les établissements pénitentiaires ne concernent que le personnel responsable de leur application et non les détenus. Il est dommage qu'on ait si rapidement oublié la forte

161. À propos des membres du comité de discipline au sein des pénitenciers, le juge Pigeon signalait ceci : « Les directives du commissaire ne sont rien de plus que des instructions relatives à l'exécution de leurs fonctions dans l'institution où ils travaillent » : *Martineau et Butters c. Le Comité de discipline des détenus de l'Institution de Matsqui*, précité, note 152. 129.

162. Dans l'arrêt *Kelso* en provenance de la Division de première instance de la Cour fédérale, le demandeur, à titre de contrôleur aérien unilingue occupant un poste déclaré bilingue, a cherché à se prévaloir d'une directive du Conseil du Trésor en vue de conserver son poste. Sa demande a été rejetée : « La directive traduit une décision de principe que le Conseil du Trésor a le droit d'adopter dans l'exécution de son mandat de gestion du personnel [...] Elle ne crée, cependant, aucun droit, et n'impose aucune obligation à la défenderesse [la Reine] dont le demandeur pourrait obtenir l'exécution » : *Kelso c. La Reine*, [1979] 2 C.F. 726, 733. Voir également *Demers c. Le procureur général du Canada*, [1974] C.F. 270.

163. Comme le signalent P. ISSALYS et P. GARANT, *op. cit.*, note 113, p. 56 : « À partir du moment où l'on reconnaît aux autorités administratives le pouvoir autonome et implicite d'organiser leur propre activité au moyen de prescriptions à caractère général et à usage ostensiblement interne, et surtout à partir du moment où l'on admet parmi ces « prescriptions internes » des règles présentant un indiscutable intérêt pour la protection de la situation juridique des administrés [...] un problème se pose. »

dissidence du juge Laskin dans l'affaire *Martineau n° 1*. Avec un peu plus de lucidité, il en concluait que les « personnes soumises à l'autorité de ces organismes » peuvent se prévaloir de règles de procédure qui, de toute évidence, ont été formulées à leur attention et ont une importance déterminante pour leurs droits¹⁶⁴.

Avec le recul du temps, il faut donc porter un jugement nuancé sur l'affaire *Martineau n° 1* et ses suites jurisprudentielles. Autant il était inévitable, et même souhaitable, que le droit canadien reconnaisse l'existence de pouvoirs d'ordre interne pour les institutions administratives, autant cette affaire représente la pire solution qu'on puisse imaginer pour l'introduire en droit public canadien. Il aurait été infiniment plus judicieux d'en reconnaître l'existence dans le cadre de directives ayant pour objet des règles budgétaires ou comptables, ou encore la gestion du personnel, ce qui aurait été tout à fait compréhensible. En attribuant un tel régime à des règles de procédure destinées aux affaires disciplinaires dans les pénitenciers, la Cour élargissait démesurément la portée de l'ordre interne à des matières ou des situations qui, évidemment, ne concernent pas seulement les agents travaillant dans les établissements pénitentiaires. Tout comme le montre le régime de la gestion interne en droit corporatif¹⁶⁵, il faudrait admettre que les normes internes visent toutes les personnes assujetties par un lien d'appartenance à la normativité institutionnelle : le personnel et les usagers intégrés à la vie interne de l'institution. Cette solution est conforme à la logique de tous les ordres juridiques internes, publics ou privés, où la réglementation interne s'impose avec rigueur à toutes les personnes qui relèvent de cet espace normatif.

164. *Martineau et Butters c. Le Comité de discipline des détenus de l'Institution de Matsqui*, précité, note 152, 124-125. Prétendre le contraire revient à affirmer que les règles de procédure ne concernent que les fonctionnaires et les avocats, et non les justiciables ou les prévenus. C'est d'ailleurs ce que le juge Laskin laisse entendre : « Cette affirmation revient à dire en fait que les règles de procédure, soigneusement élaborées, régissant les auditions et les décisions concernant les accusations pour infractions graves ou manifestes n'ont aucune valeur extrinsèque, que les appelants ne bénéficient pas de plein droit des procédures établies parce que les autorités pénitentiaires ne sont pas tenues de les suivre » (pp. 122-123). Cette dissidence n'en a pas moins favorisé une attitude plus libérale dans l'évolution ultérieure des tribunaux. La Cour fédérale a rappelé à quelques reprises que l'application de « directives qui n'ont pas force de loi » ne dispensait pas l'autorité carcérale du respect des exigences de l'équité procédurale : *Russell c. Radley*, [1984] 1 C.F. 543 (J. Muldoon) ; *Mooring c. Fox*, [1990] 1 C.F. 777. Avec le recul du temps, la nouvelle *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, précitée, note 154, confirme les vues du juge Laskin : le régime disciplinaire des détenus sera déterminé uniquement par des normes législatives et réglementaires (art. 38-39 et 43).

165. Voir *supra*, note 101.

Même si une telle solution n'est pas encore admise en droit positif, cette normativité plus proprement interne destinée au personnel et aux usagers est répandue, avec une importance variable, dans toutes les institutions publiques, peu importe leur nature ou leur statut : sociétés d'État, organismes de contrôle et de réglementation, établissements de santé, tribunaux administratifs, établissements pénitentiaires, ministères, etc. (certaines de ces institutions n'ont pas d'usagers externes ou internes). Dans le cas des tribunaux administratifs, une nouvelle distinction s'impose. Comme toutes les institutions administratives, ces organismes forment des normes internes pour leur personnel. Par contre, dans l'exercice de leurs fonctions juridictionnelles, ils sont appelés à élaborer des politiques institutionnelles à des fins de cohérence interne.

2.1.2.2 L'élaboration de politiques institutionnelles par les tribunaux administratifs

Avec la problématique de l'autolimitation du pouvoir discrétionnaire, l'élaboration de critères et de politiques pour l'évaluation des demandes ne dépasse pas le cadre de la fonction administrative classique. Dans le contexte hybride de la justice administrative, des organismes appelés à trancher des différends par des méthodes juridictionnelles sont également appelés à formuler des orientations et des politiques institutionnelles¹⁶⁶. Deux voies leur sont offertes. Comme ces organismes doivent également assumer diverses fonctions non juridictionnelles, il leur est possible d'atteindre pareil résultat par la formulation de critères pour l'attribution de permis ou de licences, ou encore par voie de directives ou de règlements lorsque le contexte s'y prête. La seconde possibilité leur est offerte par leur rôle d'instance juridictionnelle en vue d'élaborer des « politiques jurisprudentielles » à des fins de cohérence interne et d'efficacité dans l'examen des dossiers. Comme ces politiques sont souvent liées aux objectifs que ces organismes cherchent à atteindre afin de répondre aux exigences du législateur, il ne faut pas s'étonner des critiques qui leur étaient adressées pour la violation apparente de certaines règles de justice fondamentale liées à l'indépendance et à l'impartialité.

166. À titre d'exemple, voir les *Directives et politiques* de la Commission d'accès à l'information dans l'ouvrage de Y. DUPLESSIS et J. HÉTU, *Accès à l'information*, t. 1, Cowansville, Éditions Yvon Blais, mise à jour continue. Voir également les « Instructions générales » de la Commission des valeurs mobilières dans l'ouvrage de M. THÉRIAULT et P. FORTIN, *Droit des valeurs mobilières au Québec*, t. 1, Montréal, Wilson et Lafleur, mise à jour continue.

Avec l'affaire *Consolidated-Bathurst*¹⁶⁷, la Cour suprême poursuit sa politique des petits pas pour élargir à ce domaine ce qu'elle avait permis auparavant dans un contexte purement administratif. Si cette affaire a été perçue par plusieurs observateurs comme un changement significatif, c'est à condition de ne considérer que l'organisation et le statut de la justice administrative¹⁶⁸. En reconnaissant la validité d'une séance plénière de la Commission des relations de travail de l'Ontario pour discuter, en l'absence des parties, des conséquences en matière de politiques institutionnelles d'un avant-projet de décision, la Cour suprême a effectivement amorcé un virage significatif quant au fonctionnement des tribunaux administratifs¹⁶⁹. Même si elle reconnaît l'existence de certains inconvénients sur le plan de la règle *audi alteram partem*, les faits du litige montraient que les parties n'en subissaient aucun préjudice et que l'impartialité des membres de la Commission n'était pas compromise. Une majorité de juges a donc tenu compte des caractéristiques et des exigences du processus décisionnel propres aux tribunaux administratifs pour reconnaître la nécessité de ces réunions générales en vue d'élaborer des politiques décisionnelles cohérentes. Le caractère collégial de la démarche n'en est que plus manifeste puisque ces réunions permettent des discussions de fond pour éliminer des solutions incompatibles ou des risques de divergences entre les commissaires.

167. *Consolidated-Bathurst Packaging Ltd. c. Syndicat international des travailleurs du bois d'Amérique*, section locale 2-69 et *La Commission des relations de travail de l'Ontario*, [1990] 1 R.C.S. 282.

168. C'est effectivement cette dimension qui a retenu l'attention (apparence de justice, impartialité, indépendance du tribunal, règle *audi alteram partem*) et non l'élaboration de nouvelles pratiques normatives : J.-F. LONGTIN, « Les décisions prises par les tribunaux administratifs : L'énoncé de politiques de cohérence par des organismes exerçant des fonctions quasi judiciaires », dans SERVICE DE FORMATION PERMANENTE, BARREAU DU QUÉBEC, *op. cit.*, note 145, pp. 197-223 ; P. ROBARDET, « Apparences, bonne foi et consultations internes entre décideurs en droit administratif », (1990) 35 *McGill L.J.* 957-975 ; A. ROMAN, « Case Comment », (1990) 42 *Admin. L. Rev.* 109 ; M. RANKIN, « Perspectives on the Independance of Administrative Tribunals » (1992) 6 *C.J.A.L.P.* 91-112. Les commentaires de H.N. JANISCH, « Consistency, Rulemaking and *Consolidated-Bathurst* », (1991) 16 *Queen's L.J.* 95-112, 95, reflètent davantage la double signification de l'affaire *Consolidated-Bathurst* : « While this is an important decision which will have widespread application in agency practice, it is essential that it be placed in context with other techniques such as rulemaking and less formal guidelines and policies. »

169. Dans une seconde affaire qui avait pour objet le mécanisme de consultation interne entre commissaires de la Commission des affaires sociales, la Cour suprême n'a pris en considération que cette seule dimension : *Commission des affaires sociales c. Tremblay*, [1992] 1 R.C.S. 952.

Par contre, si l'on ne retient de cette affaire que ses implications pour l'élaboration de politiques institutionnelles au sein de l'Administration, elle constitue manifestement une solution de continuité. Il n'y a pas vraiment de rupture par rapport aux orientations retenues pour l'autolimitation du pouvoir discrétionnaire. En effet, ce sont à peu de chose près les mêmes motifs qui ont guidé le juge Gonthier pour reconnaître les avantages d'une politique générale par opposition aux inconvénients des solutions disparates découlant de l'appréciation d'un seul commissaire. Cette similarité se dégage des conclusions de l'étude de P. Blache et S. Comtois invoquée par ce juge¹⁷⁰. Parmi les principaux avantages qui militent en faveur de l'institutionnalisation du processus décisionnel, ces deux auteurs invoquent l'efficacité, la cohérence et la qualité des décisions, l'égalité de traitement pour des individus se trouvant dans des situations similaires et, enfin, une meilleure affectation des ressources¹⁷¹. Ces avantages sont du même type que ceux qui sont liés à l'autolimitation du pouvoir discrétionnaire : égalité de traitement, efficacité et rapidité dans l'évaluation des demandes, élimination de l'arbitraire et de l'incohérence, garanties inhérentes à la généralité d'une règle. Dans les deux cas, il s'agit de mesurer l'intérêt d'une politique générale par rapport aux inconvénients d'une appréciation ponctuelle et disparate des dossiers. Ces inconvénients sont suffisamment nombreux pour que le juge favorise de plus en plus l'élaboration de politiques institutionnelles pour l'ensemble des missions que l'Administration est appelée à exécuter. L'existence de politiques, de normes et de critères dans le fonctionnement des institutions administratives est devenue un enjeu suffisamment important pour que d'autres dimensions (fondement, habilitation, indépendance, impartialité) perdent leur prépondérance traditionnelle.

La valeur normative de ces politiques institutionnelles soulève également des questions du même type. Leur juridicité est loin d'être acquise puisque le juge Gonthier affirme qu'« elles constituent l'expression d'un principe ou de normes apparentées au droit¹⁷² », ce qui nous ramène encore à du parajuridique. Quoi qu'il en soit, ces politiques institutionnelles propres au fonctionnement des tribunaux administratifs ne peuvent être confondues avec les directives (autolimitation du pouvoir discrétionnaire),

170. *Consolidated-Bathurst Packaging Ltd. c. Syndicat international des travailleurs du bois d'Amérique, section locale 2-69 et La Commission des relations de travail de l'Ontario*, précité, note 167, 328.

171. P. BLACHE et S. COMTOIS, « La décision institutionnelle », (1986) 16 *R.D.U.S.* 645-710, 707-708.

172. *Consolidated-Bathurst Packaging Ltd. c. Syndicat international des travailleurs du bois d'Amérique, section locale 2-69 et La Commission des relations de travail de l'Ontario*, précité, note 167, 337.

même si, par ailleurs, elles remplissent le même type de fonction pour orienter des décisions. Fonction administrative et fonction juridictionnelle ne peuvent être confondues même si elles procèdent d'une seule autorité. Avec l'affaire *Consolidated-Bathurst*, il s'agit de la fonction juridictionnelle, d'où la nécessité d'en faire une catégorie distincte¹⁷³. Sur le plan de l'émergence des normes, on ne peut néanmoins qu'être frappé par la similitude des dynamiques institutionnelles qui engendrent de nouvelles pratiques normatives. Ce ne serait donc tout au plus qu'une autre illustration du phénomène de l'autonormativité institutionnelle.

2.2 L'association trop exclusive entre fonction normative et fonction législative

En dépit de leur nombre et de leur importance comme solutions de rechange pour imprimer de nouvelles orientations à la normativité, ces pratiques n'entrent pas dans les catégories officielles du droit positif. Indéfinissables mais présentes, elles sont la face cachée d'une normativité qui oscille entre la non-juridicité et la non-opposabilité. Entre la perte de toute substance juridique et l'inopposabilité à l'égard des tiers, une ambiguïté fondamentale subsiste. Cette ambiguïté, la formule consacrée « lignes directrices qui n'ont pas force de loi¹⁷⁴ » semble en être l'expression la plus achevée puisqu'elle dispense le juriste de toute analyse véritable quant à leur nature et à leur fonction dans l'ordonnement juridique, si ce n'est pour rejeter dans une zone grise de nombreux dispositifs de normalisation et de contrôle. Évincés des catégories officielles du droit positif, ces règles informelles cet infradroit, ces pratiques alternatives de la normativité, auxquels on n'hésite pas à refuser l'accès au statut de « véritable norme¹⁷⁵ », n'en représentent pas moins une avancée considérable pour une transformation et, surtout, un plus grand raffinement de la fonction normative de l'État. Orienté vers une approche restrictive de la normativité et de la réglementation, le droit positif semble incapable d'offrir une analyse plus adéquate de leur spécialisation fonctionnelle par rapport à divers procédés de normalisation. Les enjeux sont pourtant fondamentaux

173. Selon le type de fonctions ou de pouvoirs, un tribunal administratif peut être appelé à formuler différents types de normes internes. Dans le cadre de la fonction administrative classique, il ne peut éluder la nécessité de règles de régie interne pour son propre personnel, lesquelles ne doivent pas être confondues avec ses règles de pratique. S'il est également responsable de l'attribution de permis ou de licences, il peut limiter l'exercice de son pouvoir discrétionnaire par voie de directives. Enfin, s'il agit dans le cadre de ses attributions juridictionnelles, il peut désormais recourir à des politiques institutionnelles à des fins de cohérence interne.

174. *Maple Lodge Farms c. Gouvernement du Canada*, [1981] 1 C.F. 500, 513 (J. Le Dain).

175. D. LEMIEUX, *loc. cit.*, note 134, 177.

puisque si on leur refuse le caractère de « loi », voire la juridicité, ces pratiques normatives échappent plus ou moins à toute forme de contrôle pour se replier dans cette marginalité rebelle à l'analyse traditionnelle. Or, la solution ne consiste-t-elle pas justement à imaginer qu'il puisse y avoir autre chose que de la « loi » au sein de la fonction normative ? Même si pour l'application de la *Charte canadienne des droits et libertés*, cette hypothèse est maintenant plausible, la porte n'en reste pas moins étroite. En effet, le droit positif associe encore largement la fonction normative à la fonction législative (règles d'essence législative), ce qui crée des conditions peu propices à la reconnaissance du pluralisme normatif.

2.2.1 La signification restreinte de l'expression « règle de droit »

Dans l'affaire *Comité pour la République du Canada*, le juge Lamer a explicitement refusé le statut de « règle de droit » aux politiques et directives internes du Gouvernement aux fins de l'application de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*¹⁷⁶. Il s'agissait, rappelons-le, d'une « politique fermement établie » en vue d'exclure toute forme de sollicitation dans les aéroports fédéraux. Sur ce point, la position du juge en chef diffère à première vue de celle de la juge L'Heureux-Dubé qui considère que cette restriction découle directement de l'article 7 du *Règlement sur l'exploitation de concessions aux aéroports du gouvernement*, interprétation qui ne laisse évidemment place à aucune ambiguïté sur l'existence d'une règle de droit¹⁷⁷. Au terme de son analyse, la juge L'Heureux-Dubé apporte néanmoins d'autres précisions en affirmant que « la protection constitutionnelle ne s'applique pas uniquement au contexte législatif » pour inclure également, le cas échéant, des politiques administratives ou gouvernementales¹⁷⁸.

176. *Sa Majesté La Reine du Chef du Canada c. Comité pour la République du Canada — Committee for the Commonwealth of Canada*, précité, note 27, 164. Quelques mois plus tard, le juge La Forest, dans l'affaire *Friends of the Oldman River Society c. Ministre des Transports et Ministre des Pêches et Océans*, précité, note 130, 35, a affirmé que les directives liées à l'autolimitation du pouvoir discrétionnaire « n'ont pas force de loi », sans toutefois se prononcer sur leur juridicité.

177. *Sa Majesté La Reine du chef du Canada c. Comité pour la République du Canada — Committee for the Commonwealth of Canada*, précité, note 27, 207.

178. *Sa Majesté La Reine du chef du Canada c. Comité pour la République du Canada — Committee for the Commonwealth of Canada*, précité, note 27, 224 : « Par conséquent, que ce soit sous forme de règlement ou de politique, il s'agit clairement en l'espèce d'un acte du gouvernement, susceptible d'être examiné en vertu de la *Charte*, et l'analyse fondée sur l'article premier lui est applicable. » Le juge McLachlin partage également cette position sur l'application de l'article premier en estimant toutefois que la politique d'exclusion découle des droits dont jouit l'État en sa qualité de propriétaire (dimension déjà évoquée au début de la présente étude).

Ces divergences ne sont qu'apparentes car ces affirmations ne sont pas liées à l'analyse des mêmes dispositions. On pourrait croire en effet que, pour l'interprétation de la Charte, les juges se contredisent à propos de « règles de droit » contenues dans des pratiques normatives qui ne relèvent pas de ces modes d'expression formels du type lois, décrets et règlements. Par exemple, certains juges refusent le caractère de « règle de droit » à des normes qui ne constituent pas de la législation ou de la « législation déléguée » (au sens d'une norme unilatérale directement opposable à autrui du seul fait de son mode formel d'édiction). Telle était la position du juge Le Dain dans l'affaire *Therens* : « Une restriction est prescrite par une règle de droit au sens de l'art. 1 si elle est prévue expressément par une loi ou un règlement, ou si elle découle nécessairement des termes d'une loi ou d'un règlement, ou de ses conditions d'application¹⁷⁹. » De même, dans l'affaire *McKinney c. Université de Guelph*, la juge Wilson retenait également une approche restrictive de l'expression « règle de droit » : « Seules les limites aux droits garantis qui ont franchi les rigueurs du processus législatif sont valables¹⁸⁰. »

Si cette approche dégagée dans le cas de l'article premier avait été retenue pour l'application de l'article 52, un dérapage considérable aurait pu en résulter puisqu'une part substantielle de la production normative de l'État emprunte des formes non orthodoxes. Dans le creuset des problèmes d'interprétation de la Charte, c'est en fait le statut juridique des pratiques normatives internes qui refait surface avec plus d'acuité que jamais. En effet, la portée de la *Charte canadienne des droits et libertés* dépend en grande partie du sens qu'il faut attribuer à l'expression « règle de droit » ou au terme « loi »¹⁸¹ dans trois dispositions essentielles : l'article premier (« les droits et libertés qui y sont énoncés [...] ne peuvent être restreints que par une règle de droit »), l'article 15 (« lois, programmes ou activités ») et, enfin, l'article 52 (« La Constitution [...] rend inopérante les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit »). À des fins d'interprétation, deux solutions sont offertes : dans un premier temps, il est possible d'alléguer que la Charte doit faire l'objet d'une application cohérente et que le même terme doit recevoir le même sens au fil de ses diverses disposi-

179. *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, 645. Le juge Le Dain ajoute que cette restriction peut également résulter de l'application d'une règle de common law.

180. *McKinney c. Bureau des gouverneurs de l'Université de Guelph et le procureur général de l'Ontario*, précité, note 89, 386.

181. Dans la version anglaise, il n'y a que le terme *law*, ce qui permet de conclure que l'autorité constituante voulait appréhender la même réalité. Mais peu importe qu'il s'agisse de *law* ou de « règle de droit », l'ambiguïté subsiste : ces termes servent-ils à désigner une règle juridique (juridicité de la norme) ou une règle d'essence législative (au sens de « loi » ou de « législation ») ?

tions¹⁸² ; dans un deuxième temps, l'expression « règle de droit » pourrait recevoir des sens différents sous prétexte que les articles 1 et 52 de la Charte n'ont pas le même objet. C'est la deuxième solution qui a prévalu, ce qui laisse entrevoir qu'on ne puisse pas attribuer la même valeur à cette normativité interne selon qu'il s'agisse de l'application de la Charte ou des limites qui peuvent lui être apportées en fonction du contrôle de proportionnalité qui caractérise l'article premier.

Dans l'affaire *Comité pour la République du Canada*, l'exclusion de toute forme de sollicitation dans les aéroports a été assimilée à « un acte du gouvernement » aux fins de l'application des articles 1 et 32 de la Charte. C'est dans cet esprit que la juge L'Heureux-Dubé a signalé que les garanties constitutionnelles offertes par la Charte ne s'appliquent pas uniquement au contexte législatif afin de permettre, le cas échéant, l'examen de certaines activités qui sont susceptibles de leur porter atteinte, peu importe « que ce soit sous forme de règlement ou de politique ». Bien que la juge L'Heureux-Dubé n'ait pas jugé opportun de clarifier tout ce qui pourrait éventuellement être interprété comme un « acte » ou une « activité » aux fins de l'application de la Charte, il n'en ressort pas moins qu'elle a refusé de limiter la portée de ces expressions aux seules interventions législatives. Sur ce point, elle rejoint la position dégagée dans l'affaire *Slaight Communications*¹⁸³ à propos de la portée de la Charte (ce qui confirme implicitement une interprétation convergente de ce qu'il faut comprendre par « action gouvernementale » et « règle de droit » selon les articles 15, 32 et 52). Dans *Slaight Communications*, la Cour avait évité de restreindre la portée de la Charte à ce qui constitue formellement de la « loi » (textes législatifs et réglementaires), car il aurait été dès lors trop facile de s'y soustraire dans l'utilisation d'un pouvoir discrétionnaire ou dans l'application de divers programmes et politiques qui ne sont pas formulés dans le mode canonique de la loi¹⁸⁴. Cette position a été reprise explicitement par le juge La Forest dans l'affaire *McKinney*¹⁸⁵.

182. Le principe de l'uniformité d'expression est une règle classique d'interprétation. Comme le rappelle P.-A. Côté, *op. cit.*, note 122, p. 313, ce principe « veut que l'on doive présumer, dans une loi, que le même terme a partout le même sens ».

183. *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038.

184. *Id.*, 1048 (J. Dickson) et 1078 (J. Lamer). Il s'agissait toutefois d'un pouvoir discrétionnaire conféré par la loi (*Code canadien du travail*), ce qui laisse supposer l'existence d'une filiation directe par rapport à la loi même si la mesure ou l'acte contesté ne constitue pas formellement de la loi.

185. « Il est cependant évident que le gouvernement pourrait facilement contourner la Charte si le terme loi devait être restreint à ces façons formelles de légiférer » : *McKinney c. Bureau des gouverneurs de l'Université de Guelph et le procureur général de l'Ontario*, précité, note 89, 276. Dans l'affaire *SDGMR c. Dolphin Delivery*, [1986] 2 R.C.S. 573, la position retenue par le juge McIntyre (exprimée de surcroît au conditionnel) ne dépassait

Cette approche est également partagée par la juge Wilson sur la base d'une analyse littérale de l'ensemble de l'article 15. Tout comme le juge La Forest, elle estime que la portée de cette disposition ne peut être restreinte à de la « loi » puisque le deuxième paragraphe fait référence à des « lois, programmes ou activités ». Or, pour la juge Wilson, il est manifeste que « le terme « activités » ne peut [...] être interprété de façon restrictive pour équivaloir à une « loi »¹⁸⁶ ». Elle privilégie toutefois une interprétation de l'article 15 fondée sur la notion de discrimination en vue de corriger ce phénomène indépendamment du fait qu'il se manifeste sous « la forme d'une activité législative, d'un principe de common law ou d'une simple conduite¹⁸⁷ ».

Une approche semblable aurait pu être retenue pour l'application de l'ensemble de la Charte afin de censurer ou de valider toute forme de violation des garanties qui sont offertes, peu importe le statut ou la nature de la règle en litige. Si l'on suit le cheminement de la juge Wilson, il en va tout autrement puisqu'elle refuse de reconnaître la même signification à l'expression « règle de droit » (*law*) pour l'utilisation des articles 1, 15 et 52. Aux fins de l'interprétation de l'article 52, elle n'hésite pas à rejoindre la position déjà exprimée par le juge Dickson dans l'arrêt *Operation Dismantle* en estimant que la suprématie de la Constitution ne peut avoir de sens que si « tous les actes effectués selon des pouvoirs découlant d'une règle de droit relèvent de l'art. 52 ». Avec cette approche, tout ce qui découle de la loi, notamment de nombreuses pratiques normatives du type règlements internes ou directives issues de l'autolimitation du pouvoir discrétionnaire, ne peut échapper à l'exigence impérative de compatibilité avec la Constitution. Cette exigence est essentielle pour tout système juridique reposant sur la notion d'État de droit. Pour la juge Wilson, cette balise ne tient plus lorsqu'il s'agit d'évaluer les limites qui peuvent, selon les termes de l'article premier, être apportées aux droits et libertés garantis par la Charte. Ces limites doivent, selon ses propres termes, « être formu-

guère une approche très classique de la réglementation : « Il semblerait aussi que la Charte s'appliquerait à plusieurs formes de législation déléguée, de réglementation, de décrets, peut-être de règlements municipaux et de règlements administratifs et généraux d'autres organes créés par le Parlement et les législatures » (dans la version anglaise : *by-laws and regulations*) (p. 602). Aux fins de l'application de l'article 15, il est désormais manifeste que la Cour se réserve la faculté de censurer toute espèce de mesure ou de pouvoir qui apparaît comme l'expression d'une discrimination. Cette approche laisse toutefois en suspens la question de la juridicité.

186. *McKinney c. Bureau des gouverneurs de l'Université de Guelph et le procureur général de l'Ontario*, précité, note 89, 384.

187. *Id.*, 383 : « Selon cette interprétation, l'article 15 n'exige pas de chercher une « loi » discriminatoire mais simplement de chercher une discrimination qui doit être corrigée par la loi. »

lées au moyen d'une règle de droit » dont la définition « doit nécessairement être restreinte¹⁸⁸ ». Dans cette perspective, seule une règle d'essence législative pourrait constituer le fondement d'une « limite raisonnable ».

La position de la Cour suprême apparaît ainsi sous un éclairage qui est intelligible. En attribuant un sens libéral à la notion de règle de droit au sens de l'article 52 en vue de censurer toute forme d'atteinte qui pourrait emprunter la voie de pratiques normatives peu orthodoxes, la Cour n'en estime pas moins que les limites acceptables ne peuvent découler que de règles d'essence législative. En fait de cohérence logique, on peut toutefois s'étonner que ce qui est considéré comme « règle de droit » aux fins d'un article ne le soit plus pour un autre. Cette approche permet donc de conclure qu'il existe dans le cadre de l'article 52 des « règles de droit », ou à défaut, des règles (explicitement ou implicitement considérées comme juridiques) qui ne sont pas d'essence législative, ce qui ouvre des perspectives intéressantes pour une analyse plurielle de la normativité. En dépit de ce fait, le caractère formaliste de l'approche retenue pour le sens de l'expression « règle de droit » aux fins de l'article premier introduit toutefois un clivage qui ne facilite guère la reconnaissance de la valeur normative des pratiques qui font l'objet de notre étude. De même, par association, les arrêts susceptibles d'offrir des indices pour repérer des règles d'essence législative (les seules règles qui peuvent prétendre au statut de « règles de droit » aux fins de l'article premier de la Charte) acquièrent une importance toute particulière même si la Charte n'est pas directement en cause. Or, sur ce point, d'autres affaires récentes sont de première importance pour comprendre la démarche globale de la Cour suprême.

2.2.2 L'ébauche d'une définition matérielle des règles d'essence législative

Il n'y a pas si longtemps, la Cour suprême affirmait encore qu'« on n'édicte pas des règlements d'application au moyen de circulaires¹⁸⁹ ». Il

188. *Id.*, 386. Voir également *Weatherall c. Le Procureur général du Canada*, (1989) 1 C.F. 18 (C.A.), 35, et *Jackson c. Pénitencier de Joyceville*, (1990) 3 C.F. 55, 90-91, où des directives administratives n'ont pas été considérées comme des règles de droit au sens de l'article premier de la Charte. Sur cette question, voir : D. PINARD, « Les seules règles de droit qui peuvent poser des limites aux droits et libertés constitutionnellement protégés et l'arrêt Slight Communications », (1991) 1 *Rev. nat. de droit constitutionnel* 79-136 ; S. GAUDET, « La règle de droit au sens de l'article premier de la Charte canadienne des droits et libertés : commentaires sur l'affaire Slight Communications Inc. c. Davidson », (1989-1990) 20 *R.D.U.S.* 447-470 ; P. GARANT, *op. cit.*, note 6, t. 3, 1992, Prologue, p. XXXIII.

189. *Le Procureur général de la Colombie-Britannique c. Parklane Private Hospital*, [1975] 2 R.C.S. 47, 57.

s'agissait en quelque sorte d'une présomption fondée sur la prépondérance d'une approche très formaliste de l'activité réglementaire de l'Administration : en fonction de critères formels et organiques, cette activité ne pouvait se concevoir en dehors des actes bénéficiant du statut formel de « règlements » (appellation et formalités propres aux « règlements »). Devant l'existence d'une pratique normative du type circulaire ou directive, le juge pouvait invoquer les exigences formelles propres à l'élaboration des « règlements » pour refuser de lui attribuer une valeur normative et, plus particulièrement, un caractère réglementaire. En France, telle était par exemple la position du Conseil d'État au siècle dernier.

En dépit de sa fragilité, cette position aurait pu constituer une forme de compromis, n'eût été la remarquable expansion de ces pratiques normatives dans la terminologie employée par le législateur¹⁹⁰, lequel, au fond, ne faisait que reprendre ostensiblement des procédés auxquels l'Administration avait déjà recours à grande échelle à ses propres fins. Il a fallu dès lors se rendre à l'évidence : l'activité réglementaire de l'Administration ne coïncidait plus avec le procédé formel du « règlement » et empruntait désormais des voies peu orthodoxes. Cet éclatement avait été explicitement reconnu en 1969 par le rapport MacGuigan¹⁹¹. D'où l'importance d'élaborer des critères du type matériel qui puissent permettre de repérer des normes réglementaires dans des actes ou des procédés dont la portée reste souvent ambiguë : « lignes directrices », « directives », « énoncés de politiques », « règles », « manuels » et « codes de pratique ». Dans le cadre d'une tradition où avait toujours régné une conception très formaliste du pouvoir réglementaire réduit à sa seule dimension de « législation déléguée », l'apparition d'une conception matérielle de l'acte réglementaire soulevait *a priori* de graves difficultés conceptuelles, tant pour les juges que les juristes. Faut-il rappeler qu'il n'y a pas de véritable théorie des actes réglementaires dans les pays anglo-saxons, puisqu'il n'y aurait que de la « loi » ou de la « législation » dite « déléguée ».

Bien que ce soit tout récent, cette étape décisive n'en a pas moins été franchie, mais en partie seulement. Après de multiples tâtonnements dans cette direction¹⁹², on aurait pu s'attendre que la Cour suprême dégage une conception matérielle en fonction d'un litige centré sur la validité et la portée d'une pratique normative du type directive ou énoncé de politique.

190. La *Loi canadienne sur la protection de l'environnement*, L.R.C. (1985), c. 16 (4^e supp.), en offre plusieurs exemples, notamment à l'article 8 où le ministre de l'Environnement peut recourir à la formulation d'objectifs, de directives et de codes de pratiques pour remplir sa mission relative à la qualité de l'environnement.

191. M. MACGUIGAN, *Rapport du Comité spécial sur les instruments statutaires* (Comité MacGuigan), Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1969.

192. *Canadien Pacifique c. Commission canadienne des transports*, précité, note 130.

Rien de tel puisque ce sont les incertitudes qui gravitaient autour de la notion de décret à des fins de traduction dans l'une des deux langues officielles du Canada qui ont nécessité cet effort de clarification du plus haut tribunal.

Dans ce qui apparaît désormais comme le second *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*¹⁹³, la Cour a tenté de clarifier ce qu'il faut entendre par « textes de nature législative » pour répondre aux interrogations des parties sur le type de décrets qui devaient faire l'objet d'une traduction en langue française en fonction des exigences posées dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba* de 1985¹⁹⁴. Déjà, dans l'arrêt *Blaikie n° 2*¹⁹⁵, la Cour suprême avait été appelée à préciser les types de « règlements, règles, arrêtés ou autres mesures de nature législative » devant faire l'objet d'une traduction pour satisfaire aux exigences de l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Toutefois, aux fins de cette affaire, la Cour n'avait pas jugé opportun de dégager une définition générale de ce qu'il faut entendre par « règlement » ou « textes législatifs ». Elle n'en avait pas moins précisé que l'article 133 avait pour objet « la législation déléguée proprement dite et non pas des règles ou directives de régie interne¹⁹⁶ ». Depuis l'arrêt du 23 janvier 1992, cette définition est maintenant disponible puisque la Cour a jugé « nécessaire de proposer certains critères qui permettront de distinguer les textes législatifs et les autres types de textes ». Ces critères ont été divisés en fonction de trois éléments qui ne sont pas cumulatifs : forme — fond — effet.

Pour le premier de ces critères (la forme), la Cour a repris l'approche qu'elle avait dégagée dans l'affaire *Blaikie n° 2* en insistant sur l'existence « d'un rapport suffisant » entre la « Législature et la législation déléguée, indépendamment de la délégation elle-même¹⁹⁷ ». Outre le fait qu'on peut estimer que ce « rapport suffisant » existe lorsque la mesure ou l'acte en cause découle directement d'une intervention législative, la dimension organique entre également en ligne puisque la Cour juge que ce rapport existe lorsque le texte est adopté par le Gouvernement ou soumis à son approbation. Du seul fait de sa dimension organique et formelle, ce critère n'est pas d'une très grande utilité pour attribuer ou non une « essence législative » à des pratiques normatives qui ne sont pas formellement des

193. *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, précité, note 128.

194. *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721. Le délai minimal requis à des fins de traduction a été précisé dans *Ordonnance relative aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 2 R.C.S. 347.

195. *Le procureur général de la province de Québec c. Blaikie et autres*, [1981] 1 R.C.S. 312.

196. *Id.*, 319.

197. *Id.*, 328-329.

actes réglementaires. En effet, le législateur permet explicitement l'utilisation de ces pratiques normatives pour répondre aux besoins de l'Administration et du Gouvernement.

Inspirés par la définition du terme « règlement » contenue dans le rapport MacGuigan¹⁹⁸, les deux autres critères — fond et effet — apparaissent en réalité comme des éléments plus significatifs aux fins de l'attribution de la valeur réglementaire. En insistant sur certaines dimensions traditionnelles — « règle de conduite », « force de loi », « nombre indéterminé de personnes » —, la Cour entend réserver l'essence législative aux règles unilatérales dont l'effet juridique est obligatoire. Cette interprétation repose sur l'idée d'une opposabilité directe envers les intéressés avec pour corollaire implicite une force obligatoire qui reste liée à une conception très traditionnelle de la loi (sanctions et contrainte). Dans l'affaire *Sinclair*, à peine postérieure de quelques semaines¹⁹⁹, la Cour a également admis la définition matérielle offerte par la *Loi sur les règlements*²⁰⁰, encore qu'on puisse s'interroger sur le caractère interchangeable des deux définitions²⁰¹. Dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba n° 2*, la définition retenue est plus englobante puisqu'il s'agit de « règle de conduite décrétée par une autorité réglementante » et non pas d'un « acte normatif » comme le veut la définition québécoise. Cette dernière paraît plus contestable puisqu'elle prétend réserver les « normes » et le « normatif » aux seules normes d'essence législative (lois et règlements), ce qui, à la lumière de la présente étude, représente une erreur fondamentale dans la compréhension de la fonction normative au sein de l'État et, également, du phénomène de la normativité en droit. Il ne faudrait pas toutefois exagérer les mérites de la définition proposée par la Cour suprême. En insistant sur le caractère obligatoire (l'« obligatorité » de la règle), la Cour ne s'éloigne guère d'une conception restrictive inspirée de la pensée austinienne (contrainte, sanctions, force impérative, assujettissement). Dans l'affaire *Friends of the Oldman River Society*, le juge La Forest rejoint cette

198. « Un règlement est une règle de conduite, décrétée par une autorité réglementante conformément à une loi du Parlement, qui a force de loi pour un nombre indéterminé de personnes » : M. MACGUIGAN, *op. cit.*, note 191, p. 14.

199. *Le procureur général du Québec c. Sinclair et autres*, [1992] 1 R.C.S. 579.

200. *Loi sur les règlements*, précitée, note 123, art. 1. À titre de rappel, cette définition est ainsi formulée : « Un acte normatif, de caractère général et impersonnel, édicté en vertu d'une loi et qui, lorsqu'il est en vigueur, a force de loi. »

201. Comme la Cour devait se prononcer sur la « nature législative » de décrets émanant du Gouvernement du Québec, elle ne pouvait se soustraire à la définition offerte par le droit positif québécois pour la reconnaissance du caractère réglementaire. Implicitement, elle semble admettre que cette définition n'est pas incompatible avec l'approche retenue dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, précité, note 128, sans toutefois en dire plus.

approche en affirmant que les directives auxquelles « on est soumis légalement » sont celles dont « on peut obtenir l'exécution par bref de prérogative²⁰² ». Indépendamment de la pertinence de cette approche, ce n'est là qu'un premier pas puisque les tribunaux devront inévitablement raffiner davantage les éléments qui contribuent à la détermination de ce caractère obligatoire (« force de loi »). Quelle est en réalité la véritable frontière entre l'opposabilité et l'inopposabilité ? Prudente, la Cour suprême affiche ouvertement sa modestie en reconnaissant « que des zones grises se dessineront lorsque l'application des critères généraux formulés en l'espèce n'apporteront pas de réponse claire²⁰³ ». Il est fort probable que le plus haut tribunal sera de nouveau appelé à dissiper plusieurs incertitudes.

Aux fins de la théorie de l'acte réglementaire, le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba* (1992) permet d'enregistrer un progrès significatif puisqu'une définition matérielle est désormais disponible. Mais ce n'est qu'un progrès relatif puisque le droit public raisonne encore en fonction de « textes législatifs » et de « règles d'essence législative ». La notion d'acte réglementaire n'existe pas en droit canadien, contrairement à l'évolution du droit public dans les pays occidentaux qui ne relèvent pas de la tradition britannique. En fait, en vue d'une conceptualisation plus conforme à la véritable nature politique et juridique des interventions réglementaires de l'Administration, le juge, lorsqu'il est aux prises avec l'existence de diverses pratiques normatives, devrait normalement faire la distinction entre les actes réglementaires et les actes non réglementaires. Avec l'emploi des termes « loi », « législation », « législation déléguée » ou, pire encore, « quasi-loi »²⁰⁴, nous en sommes encore au XIX^e siècle avec un immense décalage dans l'analyse de la fonction réglementaire et de la normativité. À plus forte raison, quand il s'agit de pratiques du type

202. *Sa Majesté la Reine du chef de l'Alberta et le ministre des Transports et le ministre des Pêches et Océans c. Friends of the Oldman River Society*, précité, note 130, 36.

203. *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, précité note 128, 225.

204. R.E. MEGARRY, « Administrative Quasi-Legislation », (1944) 60 L.Q.R. 125-129; G. GANZ, *Quasi-Legislation: Recent Developments in Secondary Legislation*, Londres, Sweet & Maxwell, 1987, 114 pages. En dépit de quelques développements intéressants pour distinguer *legal form* et *legal force*, l'ouvrage de G. Ganz reflète assez bien une distorsion fondamentale dans l'analyse des normes administratives. Par une association fautive entre *legal* (dans le sens de la juridicité d'une norme) et *law* (opposabilité directe d'une norme associée à la fonction législative), cet auteur oppose ainsi les normes législatives et réglementaires (*law*) aux règles administratives qualifiées de *non-legal rules* ou de *quasi-legal*. C'est ici que se situe le nœud du problème puisque l'approche britannique traditionnelle ne comprend pas que ces règles administratives relèvent du juridique et du normatif sans pour autant être de la « législation ». La juridicité de la normativité administrative est un fait élémentaire qui suppose qu'on puisse concevoir la normativité en dehors du cadre législatif.

pararéglementaire, les difficultés conceptuelles augmentent encore de plusieurs crans²⁰⁵.

Conclusion

Si la normativité interne apparaît comme l'un des éléments principaux du fonctionnement des ordres juridiques internes, elle n'en épuise pas pour autant leur vocation à organiser des rapports juridiques. En effet, la notion d'ordre interne est beaucoup plus vaste. Elle suppose divers procédés propres au fonctionnement de toute institution publique ou privée : discipline interne, sanctions, pouvoir hiérarchique, pouvoir directif, mesures ponctuelles à des fins d'organisation, utilisation de techniques conventionnelles à des fins de normalisation. En droit administratif, plusieurs de ces procédés peuvent être des actes administratifs de portée individuelle ou générale, sans représenter pour autant des « décisions administratives » au sens où on l'entend habituellement. En apparence interne et dépourvue d'effets à l'égard des tiers, une mesure quelconque peut néanmoins être qualifiée de décision si elle touche les intérêts d'un individu ou d'un groupe de personnes, ou encore si elle modifie leurs droits et obligations. En dépit de ce risque permanent de dépassement des limites de la sphère juridique interne propre à toute institution administrative, cet ordre interne n'en reste pas moins éminemment juridique. L'économie globale des rapports internes, peu importe qu'il s'agisse de services, d'unités administratives, du personnel ou des usagers, obéit à une formalisation et à une juridicisation qui ne peuvent échapper à l'emprise de l'ordre juridique institutionnel. Au premier rang se distingue de façon toute particulière la normativité institutionnelle. Elle apparaît comme la manifestation la plus visible et la plus significative du fonctionnement d'un ordre juridique interne.

La remarquable expansion du phénomène organisationnel en cette fin de siècle, de même que la bureaucratisation globale des rapports humains qui en est la conséquence directe, confère à tout ce qui relève de la normativité et du normatif une importance exceptionnelle. Pourtant, le

205. Ces difficultés résultent en grande partie de l'absence d'une véritable critique des critères utilisés par les théoriciens traditionnels du droit public pour attribuer un caractère normatif aux seules normes considérées comme « valides » et « officielles ». Les rares travaux critiques soulignent simplement l'écart qui existe entre la réalité contemporaine et les dogmes du droit positif. Par exemple, C. HARLOW et R. RAWLINGS, *Law and Administration*, Londres, Weidenfeld et Nicolson, 1984, 718 pages, consacrent le chapitre 17 de leur ouvrage aux *rules within rules* et aux *secondary systems* dans le domaine de l'immigration. Sur « la normativité diffuse », voir également W. MACLAUCHLAN, « Le caractère intransigeant du principe de la légalité », (1991-1992) 5 *C.J.A.L.P.* 73-89, p.76, qui rappelle que « l'écart entre le principe de légalité et la réalité du droit dans l'État administratif moderne est énorme ».

droit, peu importe que ce soit le droit privé ou le droit public, éprouve de sérieuses difficultés pour offrir des explications satisfaisantes de cette dilatation du normatif, au point qu'on pourrait être tenté d'évoquer un phénomène d'occultation, pour reprendre ici une expression chère à A. Lajoie. Il semble que ce soit plutôt de l'inadaptation qui soit en cause puisque les droits privé et public procèdent de traditions fondées sur des conceptions propres au XIX^e siècle, au premier rang desquelles figurent l'anthropomorphisme de la pensée libérale et le subjectivisme issu de la civilisation des Lumières.

Cette tendance est particulièrement accusée en droit civil puisque la théorie des obligations, en reléguant dans les marges le procédé de l'acte unilatéral, ne permet pas d'appréhender le phénomène de la normativité en droit privé. La notion même de norme unilatérale à portée générale semble en être tout à fait absente. Conformément à l'approche libérale du monde, les rapports juridiques entre personnes s'y développent sur la base de l'accord de volontés, réduisant ainsi, à toutes fins utiles, la théorie des obligations aux contrats et aux quasi-contrats, et en cas contraire aux délits et quasi-délits. En ignorant les dynamiques du type organisationnel, le droit civil, dans sa conception originelle du début du XIX^e siècle, accuse ainsi ses origines révolutionnaires, plus particulièrement la méfiance des Jacobins envers les associations et corporations de l'Ancien Régime (*Loi Le Chapelier du 14 juin 1791*). L'idéologie libérale est fondée sur le primat de l'individu et de sa libre adhésion au détriment des formes institutionnalisées de la vie sociale. Au nom d'une certaine philosophie politique et juridique, on peut certes se réjouir que les individus ne puissent s'engager que sur la base de leur consentement éclairé. Dans le cadre d'une société postmoderne fondée sur la prépondérance des grandes organisations publiques et privées, ce rêve du consensualisme fait plus ou moins figure d'anachronisme. La réalité est tout autre. Peu importe qu'il soit en position d'usager ou d'employé, voire de client, l'individu fait face à de grandes organisations où la normativité interne s'impose à lui avec la plus grande rigueur du seul fait de l'utilisation d'un service, de sa participation ou de son intégration. Dans un contexte institutionnel, le rôle traditionnel de la volonté n'a que peu de signification. Comme le laisse présager l'évolution récente du droit français, seule la notion d'acte réglementaire de droit privé²⁰⁶ semble apte à traduire la prééminence du normatif dans une société

206. Comme les conditions d'élaboration du règlement intérieur sont désormais précisées par le *Code du travail*, une partie de la doctrine refuse d'y voir la manifestation d'une autonormativité institutionnelle en suggérant plutôt que le chef d'entreprise jouit d'une délégation du pouvoir réglementaire de l'État. La loi donnerait ainsi une délégation de compétence normative à l'employeur: A. JEAMMAUD, *op. cit.*, note 45, p. 480; J. SAVATIER, *op. cit.*, note 45, p. 24. En dépit de cette explication formaliste, le

où les rapports juridiques sont organisés en fonction de normes abstraites et impersonnelles. Dans le cadre d'une organisation privée, cet acte réglementaire peut éventuellement être complété par de multiples notes et directives, reproduisant ainsi à l'échelle de l'entreprise un dispositif de pratiques normatives dont l'essence n'est pas essentiellement publique.

À l'égard de cette conception personnaliste des rapports juridiques qui domine largement le droit civil, le droit corporatif apporte une sorte de contrepoint. En dépit de son intégration partielle dans quelques dispositions du *Code civil du Bas Canada*, il ne peut être confondu avec le droit civil. Par ses origines médiévales, il s'avère bien plus ancien que celui-ci et, contrairement aux idées reçues sur sa généalogie anglaise, il existait également un droit des corporations dans la France de l'Ancien Régime. Pour la compréhension du fonctionnement des corps constitués, peu importe qu'ils soient de droit privé ou de droit public, le droit corporatif transcende le clivage public/privé afin de saisir des phénomènes organisationnels propres à la personnalité morale : la gestion interne, la normativité, l'existence d'un acte de fondation du type charte, le fonctionnement de ses organes, le statut de ses membres et de ses administrateurs. Dans les pays de common law, la fiction corporative a connu une extraordinaire fortune en vue de rationaliser par un statut cohérent le fonctionnement des structures institutionnelles. De la Couronne à la plus modeste corporation, un cadre juridique beaucoup plus propice à la phénoménologie organisationnelle était ainsi tracé. En dépit de ce contexte particulièrement favorable, il semble que certaines influences de droit privé et, surtout, une nette inhibition quant à la prépondérance du droit public sur le normatif aient empêché le développement d'une véritable théorie de l'acte réglementaire en droit corporatif. Avec un nouveau titre consacré aux personnes morales, le *Code civil du Québec* introduit d'autres éléments défavorables en vue de réintégrer le phénomène global de la normativité dans le champ de réflexion du droit.

À titre comparatif entre champs du savoir juridique, il faut reconnaître que la dimension éminemment institutionnelle des organisations publiques et, surtout, la prétention monopolistique de l'ordre juridique étatique sur la normativité ont contribué à déformer substantiellement le cadre d'analyse pour faire de ces pratiques normatives un phénomène de droit public. Peu importe qu'il s'agisse de directives, de règlements, de règles, d'énoncés de

règlement intérieur n'en reste pas moins en droit français un acte réglementaire de droit privé. Cette analyse législative des sources du règlement intérieur montre la capacité du droit public et de l'ordre juridique étatique pour intégrer et normaliser le pouvoir normatif au sein des institutions privées. Les thèses pluralistes défendues par les sociologues du droit ne sont donc pas exemptes de certaines limites.

politiques, de circulaires, d'ordonnances, la normativité, orthodoxe ou déviante, a été pensée depuis le siècle dernier comme une manifestation de puissance publique dont le régime et les fondements tirent essentiellement leurs origines du droit public. Cette importance du droit public ne doit pas être sous-estimée. Même lorsque cette normativité ne correspond plus à la forme classique de la loi, les juristes de droit public privilégient encore une filiation verticale comme si toute norme inférieure ne pouvait trouver le fondement de sa validité que dans une norme supérieure. Le législateur et le juge favorisent spontanément cette solution, même si cette normativité devient une alternative tout en demeurant rebelle à la rationalité du droit. De ce point de vue, pour préserver l'unité de ses sources, ainsi que sa cohérence globale, l'ordre juridique étatique se montre particulièrement conciliant pour « normaliser » les écarts qui résultent de l'autonormativité institutionnelle et des expérimentations les plus insolites dans le champ du normatif. Pour répondre aux besoins de l'État, la capacité d'intégration du droit public ne semble connaître aucune limite.

Cette intégration doit cependant être payée au prix fort. En fonction d'une opposition de principe entre légalité externe et ordre interne, ces pratiques normatives glissent dans une zone d'ombre, celle d'un infradroit²⁰⁷. Les normes internes, ne pouvant prétendre à l'essence législative et de ce fait étant inopposables, deviennent inévitablement un champ clos où bascule une part significative de la normativité contemporaine. De cette normativité déviante, et en apparence stérile, puisqu'elle ne peut prétendre à la modification de l'ordonnement juridique officiel, il faut principalement retenir la possibilité de trois catégories : les normes issues de l'autolimitation du pouvoir discrétionnaire, les normes proprement internes destinées à la marche interne des services et, enfin, les politiques institutionnelles formulées par les organismes ayant le statut de tribunal administratif. Ce qui complique singulièrement les choses, ce sont les interventions ponctuelles du législateur pour autoriser l'Administration à agir expressément par voie de directives ou autres procédés semblables. Ces derniers correspondent dès lors à l'une ou l'autre de ces trois catégories, mais également, le cas échéant, à des normes réglementaires. Devant de telles pratiques, il n'y a tout au plus qu'une présomption d'ordre interne, laquelle peut être renversée si le juriste parvient à démontrer, grâce à différents critères, leur caractère réglementaire. Ce sera notam-

207. Cette expression « infradroit » ne présente pas la même signification que celle qui a été retenue par A.-J. ARNAUD, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit* (*Dictionnaire d'Eguilles*), Paris/Bruxelles, L.G.D.J./Story-Scientia, 1988, p. 189, qui cherche à appréhender des pratiques parajuridiques. Dans le cadre de la présente étude, il ne s'agit pas de pratiques parajuridiques, mais de pratiques normatives au sein des institutions publiques et privées, ce qui suppose la juridicité.

ment le cas à l'occasion d'un litige opposant un administré à l'Administration sur la portée d'une circulaire ou d'une directive. Dans cette perspective, le juge devra se prononcer sur la véritable nature des dispositions contestées à la lumière de l'évolution récente de la Cour suprême sur les critères développés pour les règles d'essence législative, tout en tenant compte, le cas échéant, de l'interprétation de l'expression « règle de droit » au sens de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Cet article offre de nouvelles perspectives puisque son interprétation favorise la reconnaissance de la juridicité de ces pratiques normatives, ou, à défaut, leur rôle dans l'élaboration des politiques publiques. Cette réintégration montre qu'il est urgent de repenser le normatif et la normativité pour tenir compte de l'évolution de la technique juridique dans les sociétés occidentales²⁰⁸.

En dépit de cette ouverture, encore fragile, ce premier tour d'horizon, essentiellement axé sur l'appréhension des normes internes et de la normativité par le droit positif, n'en reste pas moins décevant. Il montre que le fossé ne cesse de grandir entre le droit et la technique juridique, car la pauvreté et le réductionnisme du premier ne permettent plus de suivre correctement les mutations de la seconde. Cette technique juridique est désormais au service d'une rationalité purement pratique et instrumentale pour répondre aux besoins des grandes organisations complexes qui fonctionnent dans le cadre tout à fait « fin de siècle » des sociétés technologiques et communicationnelles. Pour comprendre l'évolution de la normativité, il faut donc entrevoir d'autres explications que celles qui sont offertes par le « droit officiel », ce droit qui, dans le cadre de la division traditionnelle entre droit public et droit privé, ne parvient pas réellement à émerger du XIX^e siècle.

208. P. AMSELEK, « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », *R.D.P.* 1982, 275-294.